



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

AGENTE

Figura na “fronteira” entre o direito do trabalho e o direito comercial

Patrícia Carla Monteiro Guimarães

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

AGENTE

Figura na “fronteira” entre o direito do trabalho e o direito comercial

Patrícia Carla Monteiro Guimarães

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de
Especialização em Direito da Empresa e dos
Negócios, elaborada sob a orientação da Ex.^{ma}
Senhora Professora Doutora Ana Isabel Afonso

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

Ao Rui, e aos nossos filhos, Carolina e Vasco,
os meus pilares de amor incondicional,
por todo o apoio e paciência.
Vocês são a melhor parte de mim.

RESUMO

No culminar do processo decisivo relativo à comercialização de um produto, o produtor opta entre internalizar a comercialização, contratando trabalhadores, originando relações *juslaborais*, ou externalizar essa tarefa contratando com outro empresário a prestação do serviço correspondente – dando assim origem a relações *juscomerciais*. Na fronteira destas relações, encontramos a figura do agente. O agente – pessoa singular - juridicamente autónomo, e economicamente dependente do principal encontra-se nesta zona de fronteira entre o direito do trabalho e o direito comercial.

Pelo presente trabalho pretendemos evidenciar que a aplicação analógica do regime da LCA não deveria esgotar-se às relações *juscomerciais* mas servir também de referência a outras situações análogas, designadamente às relações *juslaborais* dos trabalhadores por conta própria, economicamente dependentes do comitente, as quais não estão abrangidas pelo Direito do Trabalho.

Palavras-Chave : Agência; Direito Comercial; Direito do Trabalho; trabalho por conta própria; trabalho economicamente dependente.

ABSTRACT

At the end of the product marketing decision process, the producer shall choose whether to internalize the marketing of such product: hiring workers (establishing labor relations), or to outsource this marketing task (establishing commercial relations). At the borderline of these relations we find the agent. The self-employed commercial agent - natural person – that is economically dependent to the principal is in this border area between labour law and commercial law.

The aim of this paper is to point out that the application by analogy of the LCA regime should not be limited to commercial relations, but should also be a reference to other similar situations, in particular the ‘self-employed economically dependent work’ relation, which is not covered by Labor Law.

Key Words: Agency; Labour Law; Commercial Law; self-employed; economically dependent work

ÍNDICE

RESUMO.....	4
ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS.....	7
I. Introdução	8
II. A Agência como opção organizativa	9
III. Contextualização histórica do regime legal da Agência	10
IV. A Noção de Agência da LCA	14
V. A aplicação analógica do regime da LCA	15
VI. A eventual analogia da LCA com as relações de trabalho juridicamente independente, mas economicamente dependente.....	23
VII. Conclusão	36
ANEXO	38
BIBLIOGRAFIA	77

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

Ac. - Acórdão

al. - alínea

art./arts. - artigo/artigos

BMJ - Boletim do Ministério da Justiça

Cass. Soc. - Cour de cassation (Chambre sociale)

C. Civ. – Código Civil

C. Com. – Código Comercial

Cfr. - Conferir

CT – Código do Trabalho

CdT – Contrato de Trabalho

CdA – Contrato de Agência

DL – Decreto-lei

Dir. - Diretiva

EM – Estados Membros

JOUE - Jornal Oficial da União Europeia

LB – Lei Belga de 27 de Julho de 1961

LCA – Lei do Contrato de Agência

LGT – Lei Geral do Contrato Individual de Trabalho - Decreto-Lei n.º 49408 de 1969-11-24
n.º - número

Op. cit. - Obra citada (*opus citatum*)

p./pp. - página/páginas

P.º - Processo

Trib. – Tribunal

Reg. - Regulamento

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

ss. - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

I. Introdução

São já muitas as obras relevantes no ordenamento jurídico português dedicadas ao tema da agência, quer como figura tipificada pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, quer como figura considerada por muitos paradigmática, aplicável analogicamente aos chamados contratos de distribuição, designadamente em matéria de cessação do contrato e atribuição da indemnização de clientela.

Esgotar-se-á a aplicação analógica do regime às relações de distribuição ou existirá uma outra categoria de relações com traços de identidade a este regime, à qual a aplicação da LCA poderia ser considerada?

O livro verde sobre a modernização do Direito do Trabalho¹ introduz o conceito de “trabalho (independente) economicamente dependente”, o qual abrange situações localizadas “entre as duas noções já consagradas de emprego por conta de outrem e emprego por conta própria” e reconhece que o aparecimento de “diferentes formas de trabalho atípico esbateu as fronteiras entre o direito do trabalho e o direito comercial. A distinção binária tradicional entre «trabalhador por conta de outrem» e «trabalhador por conta própria» deixou de refletir fielmente a realidade económica e social do trabalho. Esta categoria de trabalhadores não possui um contrato de trabalho. Não podem ser abrangidos pelo direito do trabalho, pois fazem parte da «zona cinzenta» entre o direito do trabalho e o direito comercial.”

O reconhecimento desta categoria de trabalhadores representa um desafio no âmbito da UE². Importa saber se o agente – pessoa singular - juridicamente autónomo, e economicamente dependente do principal estará nesta “zona cinzenta” entre o direito do trabalho e o direito comercial, e se havendo similitude estrutural entre a agência e outras situações de trabalho juridicamente independente, mas economicamente dependente, não seria de exportar a outras situações de “*self-employment*” o regime da indemnização de clientela plasmado na referida LCA, conferindo a esta categoria de profissionais proteção social, em caso de cessação sem justa causa do contrato?

¹“Livro verde “*Modernizar o direito do Trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*”, COM/2006/0708 final “ Comissão Europeia, 22.11.2006.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0708>.

² Cfr. NARVAIZA, José Maria Zufiaur (relator), in “Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «novas tendências do trabalho independente: o caso específico do trabalho autónomo economicamente dependente (2011/C 18/08)», in JOUE, 19.01.2011, pp. 49.

II. A Agência como opção organizativa

A atividade de abastecimento do mercado pode ser direta ou indireta. Na opção pela distribuição direta, será o produtor a assegurar – diretamente - o abastecimento do mercado, seja através de lojas próprias, ou pontos de venda nas instalações da empresa, seja através da criação de sociedades comerciais dedicadas ao escoamento dos produtos do produtor.³ Na opção pela distribuição direta, pode o produtor ainda recorrer a empregados comerciais contratados para o efeito, que enquanto trabalhadores subordinados serão encarregues da promoção e venda dos produtos ao abrigo de CdT.

Na opção pela distribuição indireta, o produtor confia a um terceiro a atividade comercial. Gravitam aqui as mais diversas ordens de razão para que o produtor decida entregar a sua produção a um terceiro distribuidor. A dimensão da estrutura organizativa do produtor, a escala ou dimensão da produção, a intenção de especialização quer do produtor em relação à produção ou ao produto, quer do potencial terceiro em relação ao produto ou ao mercado, podem ser fatores a ter em conta. Nem todos os produtores têm dimensão produtiva ou organizacional para assumir os custos da internalização da sua área comercial: estamos a falar de instalações, viaturas, custos com pessoal, etc.

Assim, o estabelecimento de relações *jus* comerciais com entidades juridicamente independentes que, com autonomia, serão responsáveis por abastecer o mercado dos produtos por si produzidos, reveste particular importância para o produtor. Podemos dizer sucintamente, que no culminar do processo decisivo relativo à comercialização de um produto, o produtor optará entre internalizar a comercialização, contratando trabalhadores, originando relações *juslaborais*, ou externalizar essa tarefa contratando com outro empresário a prestação do serviço correspondente – dando assim origem a relações *juscomerciais*.

Na fronteira destas relações, encontramos a figura do agente.

³ Apesar da sua individualidade jurídica não deixa de ser uma forma de distribuição direta, uma vez que se integram na organização comercial da(s) empresa(s) produtora(s) e “esta independência jurídica formal não corresponde a uma situação de independência económica: a sociedade de comercialização encontra-se do ponto de vista económico, subordinada total ou parcialmente à empresa produtora” Cfr. defende BRITO, Maria Helena (1990) - *O Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 3.

III. Contextualização histórica do regime legal da Agência

A Revolução Industrial introduziu o desenvolvimento de novas técnicas e outros progressos. Iniciou-se a produção em massa de bens de consumo, a produção de comidas enlatadas, a refrigeração mecânica e outras técnicas de preservação, a invenção do telefone eletromagnético. Até então, a atividade do fabricante era feita a uma escala modesta, a produção era maioritariamente artesanal destinada a uma clientela de proximidade⁴.

A produção em massa “conduziu a uma alteração nas relações de troca, erigindo a indústria na força motriz da economia”⁵ abrindo caminhos para o abastecimento de clientes em larga escala, acarretando um novo desafio aos fabricantes, com produções excedentárias para a clientela disponível. “Às vicissitudes do processo produtivo acrescem, agora, as exigências da comercialização nos mercados”⁶. Para promover o estímulo das vendas em novos mercados, os produtores recorreram a intermediários. A “entrada em cena dos agentes comerciais representou a superação do modelo de intermediação baseado em colaboradores juridicamente subordinados”⁷. Os agentes eram em relação àqueles uma solução “mais racional”, pois desempenhavam as mesmas funções, eventualmente com um melhor conhecimento do mercado, e “mais económica” pois não só se evitavam os custos do envio dos trabalhadores para longe da sede, como se substituiu um custo fixo (salário), por um custo variável (a remuneração dependente dos resultados obtidos). “A fórmula negocial da agência nasceu, portanto, para preencher uma *lacuna* revelada pelas novas exigências da produção e do consumo. E o seu sucesso decorreu da conjugação, nela operada, de duas características já presentes, mas em separado, nas figuras que a antecederam: a autonomia típica dos comissários comerciais e a estabilidade própria das relações laborais”⁸.

Em plena revolução industrial, concretamente em maio de 1897, o C. Com. Alemão (HGB) nos §§84 a 92 regula pela primeira vez a atividade do agente (“*Handlungsagent*”⁹),

⁴ Vide entre outros, MONTEIRO, António Pinto (2009) - *Direito Comercial: Contratos de Concessão Comercial: Relatório (Monografias)*. Coimbra: Livraria Almedina; BRITO, Maria Helena (1990), op. cit.; VIEIRA, José Alberto (2006) - *O Contrato de Concessão Comercial*. Coimbra: Coimbra Editora.

⁵ VIEIRA, José Alberto (2006), op. cit., pp. 8.

⁶ VIEIRA, José Alberto (2006), op. cit., pp. 8.

⁷ PINTO, Fernando A. Ferreira (2013) - *Contratos de Distribuição - Da Tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 50-51.

⁸ PINTO, Fernando A. Ferreira (2013), op. cit. pp. 51.

⁹ A este respeito, vide BARATA, Carlos Lacerda (1991) - *Sobre o Contrato de Agência*, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 21 ss.; CUNHA, Carolina – “A Indemnização de Clientela do Agente Comercial”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, Março (2003), pp. 23 ss..

como um comerciante independente, sem contudo, distinguir o agente (*“Handelsvertreter”*) do empregado comercial (*“Handlungsgehilfe”*).

Só dois anos depois da origem da União Europeia, em 1953, a Alemanha introduz esta distinção através das alterações aos §§84 a 92 do HGB definindo como agente aquele que, como profissional independente, é encarregado, de forma permanente, de promover negócios para uma empresa ou de os concluir em nome desta. A noção de profissional independente é clarificada na al. 1, parte final, do §84 HGB: “aquele que no essencial, pode livremente organizar a sua atividade e dispor do seu tempo de trabalho”, expressamente referindo a al. 2 do §84, que quem for encarregado, de forma permanente, de exercer as mesmas atividades, sem ser independente nos termos da al. 1, é considerado empregado. O agente é remunerado por comissão nos termos dos §§ 87 a 87-d do HGB e tem direito a uma indemnização, em caso de cessação do contrato, nas condições previstas no §89-b¹⁰.

Em 25 de fevereiro de 1964 é publicada a Diretiva do Conselho 64/224/CEE, precursora da Dir. 86/653/CEE, relativa à liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em relação às atividades de intermediários do comércio, da indústria e do artesanato, visando a supressão de qualquer tratamento discriminatório em razão da nacionalidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços.

Nos seus considerandos, esta Dir. observava a conveniência de prever a supressão das restrições à liberdade de prestação de serviços para os intermediários ao serviço de uma ou de várias empresas comerciais, industriais ou artesanais reconhecendo que, “nem sempre é fácil distinguir a atividade dos intermediários assalariados da atividade dos agentes por conta própria, (...) a atividade dos intermediários assalariados tem o mesmo alcance económico que a dos agentes por conta própria”.

No seu art. 2º, a Dir. 64/224/CEE concretiza o seu âmbito de aplicação, “Às atividades não assalariadas seguintes: a) Atividades profissionais do intermediário incumbido, por força de um ou de vários mandatos, de preparar ou de concluir operações comerciais em nome e por conta de outrem; (...)”.

Quis assim a Dir. 64/224/CEE suprimir as restrições respeitantes àquelas atividades independentemente da denominação atribuída às pessoas que as exerciam, e para que não

¹⁰ BRITO, Maria Helena (1990), op. cit. pp. 80-81; M. Martinek (1997), refere que o que “o direito de agência, incluído no HGB, é, antes de mais, *“Sozialschutzrecht”*, aparentado com o direito do trabalho e o dos consumidores (...)”, *apud* PINTO, Fernando A. Ferreira (2013), op. cit. pp. 544, nota de rodapé 1720.

restassem dúvidas, o art. 3º publicava uma tabela com as denominações usuais utilizadas nos EM respetivos, arrolando as designações adotadas para os *assalariados* e para os *não assalariados*¹¹.

Resulta, pois, evidente que a tónica do ensejo legislativo dos *seis* era a salvaguarda do exercício da atividade do intermediário enquanto *não assalariado* (por conta própria), e não o CdA, de *per si*, ou o conteúdo da prestação do intermediário.

Estas disposições, e a necessidade identificada pela Comissão de regular o relacionamento entre o agente comercial *por conta própria*, não assalariado, e aqueles para os quais o seu trabalho se destina, permaneceram na génese das preocupações do Conselho Europeu¹², quando no âmbito das condições económicas e *sociais*, foi emitida a primeira “*Proposal for a Council Directive to coordinate the laws of the Member States relating to (self-employed) commercial agents*” (apresentada pela Comissão ao Conselho em 17 de Dezembro de 1976)¹³, considerando que a relação jurídica entre o agente comercial e o principal deveria ter prioridade de tratamento, uma vez que, na maioria dos casos, os agentes comerciais estavam em regra, embora em diferente grau, “*economicamente numa posição desfavorável face aos seus comitentes*”¹⁴, sendo por conseguinte adequado harmonizar e melhorar as regras mínimas das legislações aplicáveis aos agentes comerciais. A proposta, no art. 2º, voltava a enfatizar a questão da não subordinação do agente¹⁵, esclarecendo claramente o art. 3º, a sua *não aplicabilidade a intermediários assalariados*.¹⁶

Esta necessidade de equilíbrio equitativo entre os interesses, obrigações e direitos recíprocos das duas partes com base na boa fé e no interesse comum é de resto

¹¹ Vide tabela da Dir. 64/224/CEE: pp. 32 ss. infra (Anexo).

¹² A proposta da Diretiva teve o art. 100.º e o art. 57.º como bases legais. Recorde-se que o nº 2 do art. 57 previa: “Para o mesmo fim, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu adotará, antes do termo do período de transição, Diretivas que visem coordenar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, *respeitantes ao acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício (...).*”

¹³ Vide *Proposal for a Council Directive to coordinate the laws of the Member States relating to (self-employed) commercial agents*, pp. 43 ss. infra (Anexo).

¹⁴ Whereas *in* this matter the legal relationship between commercial agent and principal must be given priority of treatment; Whereas *in* many cases commercial agents are as a rule, though *in* differing degrees, economically *in* a weak position vis-a-vis their principals.

¹⁵ “For the purposes of this Directive the expression ‘commercial agent’ means a self-employed intermediary who has continuing authority for a fixed or indeterminate period to negotiate and/or to conclude an unlimited number of commercial transactions *in* the name and for account of another person (who is hereinafter called ‘the principal’).”

¹⁶ This Directive does not apply: to intermediaries who are wage or salary earning employees *within* the meaning of Directive 64/224/EEC of 25 February 1964; to intermediaries who act *in* their own name; to intermediaries appointed to negotiate or to conclude *in* the name of the principal a specified transaction or a number of specified transactions only; to intermediaries who carry on their activities *in* the insurance or credit fields.”

expressamente evidenciada pelo Comité Económico e Social nos comentários gerais do Parecer do sobre a proposta de diretiva do Conselho¹⁷ concretamente no ponto 1.4, expressando preocupação pelo fato de o agente, em virtude da sua condição de “trabalhador por conta própria”, *não poder obter os benefícios da segurança social gozado pelos assalariados*, mas ainda assim precisar de proteção jurídica, a fim de consolidar a sua independência, permitir-lhe prosseguir as suas atividades profissionais e fornecer-lhe um mínimo básico de cobertura de segurança social.

Em 1978, é publicado o documento designado *“Amendment to the proposal for a Council Directive to coordinate the laws of the Member States relating to (self-employed) commercial agents”*¹⁸, propondo uma nova redação ao art. 2º, definindo que para efeitos da Dir. se entende “por «agente comercial», um intermediário independente que tenha autoridade permanente, por um período fixo ou indeterminado, para negociar e / ou concluir um número ilimitado de transações comerciais em nome e por conta de outra pessoa, (doravante designado “o principal”). O agente pode organizar suas atividades e usar seu tempo da forma que achar mais conveniente.”¹⁹. O art. 3º passaria a excluir explicitamente a aplicabilidade da Dir. aos agentes que não executassem as suas tarefas de modo principal, mas apenas como segunda atividade²⁰, reforçando assim a intenção de aplicação da Dir. às situações de dependência económica do agente. Ou seja, quer a Proposta, quer a Alteração à proposta evidenciam uma preocupação de cariz social na tutela dos interesses dos agentes comerciais enquanto “trabalhadores por conta própria”, economicamente dependentes.

A Diretiva do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais (Dir. 86/653/CEE) procurou – entre outras - proteger os agentes comerciais nas suas relações com os seus comitentes, nomeadamente

¹⁷ “In affording legal protection to the commercial agent in his dealings with the principal, a sensible, equitable balance must be maintained between the interests, obligations and reciprocal rights of the two parties on the basis of good faith and in the common interest. The agent, by virtue of his status as a self-employed person, cannot obtain the social security benefits enjoyed by salary or wage-earners, but he still needs legal protection in order to consolidate his independence, allow him to pursue his professional activities and provide him with a basic minimum of social security cover.”: Vide *Opinion on the proposal for a Council Directive to coordinate the laws of the Member States relating to (self-employed) commercial agents.*, pp. 52 ss. infra (Anexo).

¹⁸. “Alteração à proposta de Diretiva do Conselho relativa a coordenação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos agentes comerciais (trabalhadores por conta própria): pp. 59 ss. infra (Anexo).

¹⁹ *For the purposes of this Directive the expression ‘commercial agent’ means a self-employed intermediary who has continuing authority for a fixed or indeterminate period to negotiate and/or to conclude an unlimited number of commercial transactions in the name and for account of another person (who is hereinafter called ‘the principal’). The agent may arrange his activities and use his time as he thinks fit.*

²⁰ “to intermediaries who, according to the practice prevailing in the State in which they habitually carry on their activities, are regarded as doing so by way of secondary activity only.”

estabelecendo, nomeadamente, regras que regulam a celebração e a cessação do contrato de agência²¹, definindo o agente comercial como “a *pessoa* que, como intermediário independente, é encarregada a título permanente, quer de negociar a venda ou a compra de mercadorias para uma outra pessoa, adiante designada «comitente», quer de negociar e concluir tais operações em nome e por conta do comitente.”²²

IV. A Noção de Agência da LCA

Antes da transposição da Dir. 86/653/CEE, em julho de 1986, é publicado o DL 178/86²³, ou a Lei do Contrato de Agência, “LCA”.

O Artigo 1.º da LCA define a agência como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”.

A LCA não concretiza o conteúdo da prestação, referindo-se apenas à promoção da celebração de contratos. E enquanto o texto da Diretiva se virá a referir à obrigação do agente “negociar a compra e venda de mercadorias (...) e de concluir tais operações”, a nossa LCA não refere quais os contratos que o agente se obriga a promover, nem concretiza a atividade de promoção de negócios. É na Doutrina, designadamente partindo da anotação à LCA que se vai construindo o entendimento de que a obrigação de promoção envolve “toda uma complexa e multifacetada actividade material, de prospecção do mercado, de angariação de clientes, de difusão de produtos e serviços, de negociação, etc.”²⁴. A obrigação de promoção, assim apresentada, é função comum quer dos assalariados, quer dos não assalariados, porquanto não é o conteúdo da prestação, mas antes o modo como a prestação é executada (a autonomia), que distingue entre o CdT e o CdA, pelo que sem grandes objeções será entre nós considerado um CdT, o contrato pelo qual uma das partes se obriga, a promover, por conta, de modo estável e mediante retribuição, sob a autoridade e no âmbito da organização da outra, a celebração de contratos.

²¹ Cfr. art. 13.º a art. 20.º da Diretiva.

²² Conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar apresentadas em 10 de setembro de 2015 no P.º C-315/14 (Marchon Germany GmbH contra Yvonne Karaszkiwicz, no pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Alemanha). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62014CC0315> consultado em 05.12.2018.

²³ Mais tarde alterado pelo DL 118/93 de 13 de Abril.

²⁴ MONTEIRO, António Pinto (2010) - *Contrato de Agência, Anotação ao Decreto – Lei nº 178/86 de 3 de Julho*, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 50.

V. A aplicação analógica do regime da LCA

Os elementos típicos da agência, que surgem da noção do artigo 1º da LCA, como sejam a obrigação de promover os negócios da outra parte, o carácter oneroso, a autonomia e estabilidade, vêm sendo assinalados como comuns aos contratos de distribuição, e consequentemente a agência vem sendo entre nós considerada a figura-matriz²⁵ desses contratos, e se tem entendido que “a similitude estrutural entre o contrato de agência e a generalidade das figuras negociais tendentes à distribuição comercial de produtos justifica a proclamação do primeiro como figura paradigmática entre os demais contratos de distribuição e a exportação extra muros aos restantes do regime plasmado na referida LCA, mormente na parte referente aos termos e consequências da cessação do contrato”²⁶.

Na ausência de um regime legalmente tipificado e reconhecida que é a sua tipicidade social, cabe à Doutrina e à Jurisprudência, definir figuras como a concessão comercial e a franquia. Os últimos trinta anos de LCA têm evidenciado a conceção dominante de aplicação analógica do regime de cessação dos contratos de agência a contratos de legalmente atípicos, designadamente a tendência generalizada da nossa jurisprudência²⁷ a aplicar a IC a situações “análogas”²⁸, nomeadamente à concessão comercial²⁹³⁰ baseando-se na alusão do preambulo

²⁵ CORDEIRO, Menezes, (2012) - *Direito Comercial*, Coimbra: Livraria Almedina, pp.747.

²⁶ DAVID, Mariana Soares, “A aplicação analógica do regime jurídico da cessação do contrato de agência aos contratos de concessão comercial: tradição ou verdadeira analogia?”, Lisboa: *ROA*, a.71 n.3 (Jul.-Set. 2011), pp. 885-908.

²⁷ Meramente para ilustração, importam mencionar alguns acórdãos mais recentes do STJ: de 23.11.2006 (P.º nº 06B2085); de 13.09.2007 (P.º nº 07B1958); de 06.10.2011 (P.º nº 454/09.0TVLSB.L1.S1); de 11.10.2011 (P.º nº 4749/03.8TVPRT.P1.S1); de 31.01.2012 (P.º nº 2394/06.5TBVCT.P1.S1); de 18.12.2013 (P.º nº 2394/06.5TBVCT.P2.S1); de 20.06.2013 (P.º nº 178/07.2TVPRT.P1.S1); de 18.02.2014 (P.º nº 1373/03.9TCGMR.G1.S1); de 20.03.2014 (P.º nº 28/08.2TBVNG.P2.S1); de 25.03.2014 (P.º nº 519/08.5TVLSB.L1.S1); de 01.04.2014 (P.º nº 387/09.0TVPRT.P1.S1); de 23.10.2014 (P.º nº 1036/12.4YRLSB.S1); de 18.06.2014 (P.º nº 2709/08.1TVLSB.L1.S1); de 12.03.2015 (P.º nº 2199/11.1TVLSB.L1.S1); de 29.09.2015 (P.º nº 1552/07.0TBPTM.E2.S1); de 17.11.2015 (P.º nº 4671/06.6TBMTS.P1.S1); de 28.04.2016 (P.º nº 1723/06.6TVPRT.P3.S1); de 12.05.2016 (P.º nº 2470/08.0TVLSB.L1.S1); de 24.05.2018 (P.º nº 1212/12.0TBSTS.P1.S1) e de 07.12.2018 (P.º nº 391/06.0TBBNV.E1.S1), todos consultáveis em www.dgsi.pt.

²⁸ CORDEIRO, Menezes (2012), op. cit. pp. 513 e 514, indo mais longe, refere que “A norma atinente à indemnização de clientela - o art. 33º do DL nº 178/76 - tem segura aplicação ao contrato de concessão.”

²⁹ Entendido como um contrato duradouro, estável, “no qual uma pessoa – o concedente – reserva a outra – o concessionário – a venda de um seu produto para revenda, numa determinada circunscrição”. O concessionário atua por conta própria e em nome próprio, sendo remunerado através da margem (diferença entre o preço de compra e o preço de revenda), assumindo os riscos da sua própria atividade. Dele deriva uma complexa relação obrigacional entre as partes, uma vez que o concedente se obriga a vender ao concessionário, e este se obriga a comprar, no futuro, os produtos do concedente e a revende-los.

³⁰ Acerca da forma como a jurisprudência vem fazendo uso da analogia, vide DAVID, Mariana Soares, op. cit. (Jul.-Set. 2011); DUARTE, Rui Pinto - *A Jurisprudência Portuguesa Sobre a Aplicação Analógica da Indemnização de Clientela ao Contrato de Concessão Comercial - Algumas Observações*. Revista *Thémis*- Ano II, nº 3 (2001), Coimbra: Livraria Almedina pp. 315-321; e CUNHA, Carolina - *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial, nos 30*

do DL. 178/86, à tendência retirável do direito comparado para aplicar por analogia à concessão, “quando e na medida em que ela se verifique” o regime da agência sobretudo em matéria de cessão do contrato.

Será, pois, interessante perceber, em sede de direito comparado, a experiência dos *seis* no tocante a este tema.

Na **Alemanha**, como assinalamos, a agência foi tipificada legalmente pela figura do “Handlungsagent”, definida como a “convenção entre um *profissional independente* e um empresário (empresa), pela qual o primeiro se obriga, com carácter permanente, a promover negócios para o segundo, ou a celebrá-los em nome deste”, estipulando o n.º 2 que “quem, sem a autonomia e a independência própria de um agente, se encontrar incumbido de intermediar ou celebrar contratos por conta de outrem, *é considerado um trabalhador dependente*”.

O regime, sofreu diversas alterações, das quais a mais significativa, pela Lei de 6 de agosto de 1953 (*Handelsvertreternovelle*), que procedeu ao aditamento do §§ 89b do H.G.B. (*Handelsgesetzbuch*), introduzindo o instituto jurídico da Indemnização de Clientela. Com esta alteração, o legislador alemão pretendeu conferir ao agente autónomo e independente, uma maior tutela, atenta a posição “vulnerável” verificada perante a contraparte, traduzida por uma enorme dependência em que ele era colocado em relação ao principal.³¹

Também no ordenamento jurídico alemão inexistia um regime específico relativo à concessão comercial, assistindo-se ao reconhecimento, pela Jurisprudência e parte da doutrina, da necessidade de proteção do concessionário em caso de cessação antecipada do contrato, embora outra parte da doutrina entenda que, no caso de haver uma proximidade material de obrigações entre o concessionário e agente, será de lhe aplicar o regime do §89 do HGB.³²

A **Bélgica** foi a última a transpor a disposição da Diretiva, fazendo-o apenas em 1995 com a Lei Belga 95-1481 de 13 de abril³³. Neste país, o regime de agência coexiste com o regime da concessão comercial. Na verdade, a Bélgica é o único país europeu onde a

anos da Lei do Contrato de Agência, 23.09.2016, Coimbra: Instituto Jurídico da F.D. da Universidade de Coimbra (coautoria).

³¹ Vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2006) - *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 14 e 21-22.

³² Vide BRITO, Maria Helena, op. cit. pp. 43 - 44 e VIEIRA, José Alberto, op. cit. p 115.

³³ *Wet betreffende de handelsagentuurovereenkomst* / Loi relative au contrat d'agence commerciale.

concessão comercial é objeto de disciplina³⁴, concretamente um regime jurídico específico para o término de certos acordos de distribuição³⁵. Este regime jurídico, desenvolvido no Pós Segunda Guerra Mundial, emerge da ideia do parlamento belga de que os distribuidores seriam a parte mais fraca nos acordos de distribuição com os principais fabricantes estrangeiros, pelo que necessitavam de proteção especial contra o término indesejado dos acordos de distribuição.

A LB 1961 define a *distribuição* como um acordo sob o qual um comitente concede a um ou mais distribuidores o direito de vender, em nome e por conta própria, produtos fabricados ou distribuídos pelo comitente. Para que a LB 1961 seja aplicada, os direitos de distribuição devem ser (i) exclusivos, (ii) para o (ou parte do) território Belga (iii) e estabelecidos por um período indeterminado. A LB 1961 estabelece que os acordos de distribuição a que se aplica, na ausência de uma violação grave, podem somente ser rescindidos mediante notificação com pré-aviso razoável ou o pagamento de uma compensação em lugar desse pré-aviso. Estabelece ainda a possibilidade de - verificadas certas condições - os distribuidores exigirem uma indemnização por parte dos concedentes, independentemente de ter sido ou não prestada notificação com pré-aviso razoável. Esta indemnização adicional, prevista no art. 3.º da LB 1961, destina-se a cobrir (i) o *goodwill*, (ii) os custos e investimentos incorridos pelo distribuidor e (iii) custos de redundância, designadamente os custos que o distribuidor tenha que assumir com a demissão de pessoal resultado da rescisão.

A lei da agência Belga implementa e complementa a Diretiva, contendo uma série de normas de aplicação obrigatória, relativas ao exercício da profissão. Os agentes comerciais devem ser distinguidos dos representantes comerciais e distribuidores. Enquanto ambos agentes e representantes comerciais têm em comum a relação duradoura com o principal e o facto de agirem em nome e por conta deste (principal), a relação propriamente dita, com o principal, é distinta pois, enquanto os agentes comerciais são intermediários *independentes*, os representantes comerciais agem em subordinação ao principal³⁶. A principal consequência desta distinção é que os representantes comerciais estão sujeitos à Lei laboral Belga, enquanto os agentes comerciais estão expressamente excluídos do âmbito da Lei laboral

³⁴ Vide BRITO, Maria Helena (1990), op. cit. pp. 46-47 e VIEIRA, José Alberto (1991), op. cit. pp. 113-114.

³⁵ A Lei Belga de 27 de julho de 1961, sobre a rescisão unilateral de contratos de distribuição exclusiva de duração indeterminada.

³⁶ Vide VAN BAEL & BELLIS (2003), *Business Law Guide to Belgium*, Haia: Editora Kluwer Law International, pp. 445 a 447.

Belga (art. 4.º §3 da Lei 3/7/1978): “Os seguintes representantes não são representantes de vendas sob esta Lei: o comissionista, o corretor, o concessionário de vendas exclusivo, o intermediário que é livre para entregar suas encomendas a quem ele bem desejar e, em geral, o agente comercial ligado ao seu principal por um contrato de empresa (na aceção da lei relativa ao contrato de agência comercial), um mandato laboral ou qualquer outro contrato sob o qual o agente comercial não atue sob a autoridade de seu comitente.³⁷” Caberá pois ao Trib. determinar a existência ou não de uma relação de subordinação. A jurisprudência Belga vem entendendo nestes casos que a principal distinção entre agentes e distribuidores é que os primeiros atuam em nome e por conta do principal, enquanto os distribuidores atuam em nome próprio e por conta própria, sendo *o risco económico* o fator determinante para os distinguir. Assim, se o intermediário atua em nome próprio, por conta própria, é responsável pelo seu próprio stock, pela promoção e venda dos produtos de terceiro, então aplicar-se-á a LB 1961.

Em **França**, a definição de agente comercial remonta ao Decreto nº 58-1345, de 23 de dezembro de 1958, alterado pelo Decreto nº 68-765, de 22 de agosto de 1968, e consta atualmente – após a transposição da Diretiva 86/653/CEE - dos Arts. 1134-1 a 17 do *Code de Commerce*.

O agente comercial é o mandatário que, sem estar vinculado por um contrato de prestação de serviços, e a título de *profissão habitual e independente*, negocia e, eventualmente, conclui contratos de compras, vendas, locações ou prestações de serviços, em nome e por conta de produtores, industriais, comerciantes ou outros agentes comerciais. O agente comercial está sujeito ao registo expresso da sua atividade como agente, podendo ser uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva cfr. Arts. 1134-1 (ou L.134-1), n.º 1 *in fine*.

³⁷ Na sua versão original : “art. 4. Le contrat de travail de représentant de commerce est le contrat par lequel un travailleur, le représentant de commerce, s'engage contre rémunération à prospecter et visiter une clientèle en vue de la négociation ou la conclusion d'affaires, hormis les assurances, sous l'autorité, pour le compte et au nom d'un ou de plusieurs commettants.

Nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, le contrat conclu entre commettant et intermédiaire, quelle qu'en soit la dénomination, est réputé jusqu'à preuve du contraire un contrat de travail de représentant de commerce.

Ne sont pas des représentants de commerce aux termes de la présente loi : le commissionnaire, le courtier, le concessionnaire de vente exclusive, l'intermédiaire libre de remettre ses commandes à qui bon lui semble et, en général, l'agent commercial lié à son commettant par un contrat d'entreprise (au sens de la loi relative au contrat d'agence commerciale), de mandat salarié ou de tout autre contrat en vertu duquel l'agent commercial n'agit pas sous l'autorité de son commettant. <L 1995-04-13/39, art. 2, 036; En vigueur: 12-06-1995>

Foi visando o *voyager, représentant, placier (v.r.p.)* considerado como trabalhador subordinado³⁸, que a Lei 18/07/1937³⁹ acrescentou ao *Code du Travail* os artigos L7313-13 a L7313-16, prevendo a possibilidade da atribuição de uma indemnização de clientela, autonomamente em relação à indemnização por quebra abusiva do contrato⁴⁰.

Donde, quer a jurisprudência maioritária, quer grande parte da Doutrina francesa negam ao concessionário a atribuição de indemnização de clientela⁴¹.

A ordem jurídica **italiana** acolheu a regulamentação do CdA nos seus artigos 1742º e seguintes do *Codice Civile* qualificando o “*contratto di agenzia*” como um vínculo jurídico-negocial, onde uma parte (o agente) assume de modo estável o encargo de promover, por conta da outra (o proponente), mediante retribuição, a conclusão de contratos numa determinada zona. Para além do “*Codice Civile*”, este tipo contratual encontra-se regulado nos Acordos Económicos Coletivos (*Accordi Economici Collettivi*), celebrados entre associações de “proponentes” e sindicatos de agentes comerciais. Esta característica do regime italiano aproxima o CdA ao *contrato de trabalho subordinado*. No caso de resolução do CdA, o agente terá direito a receber uma indemnização por rescisão do contrato, composta por três indemnizações: a indemnização prevista na convenção FIRR⁴², a indemnização de clientela e a indemnização meritocrática, a qual não pode exceder o limite previsto no n.º 3 do art. 1751 do Código Civil italiano⁴³.

³⁸ Article L7313-1 do *Code du Travail*.

³⁹ Loi du 18/07/1937 «*Statut Professionnel des voyageurs, représentants et placiers*», alterada pela Loi du 7/3/1957 «*Loi précisant le statut Professionnel des voyageurs, représentants et placiers*».

⁴⁰ Vide, na jurisprudência francesa: CASS. SOC. 1^{er} Avril 1992, nº 89-40.136, BC V nº 238: A indenização de clientela não é o preço de uma transferência de clientes, mas apresenta o carácter de indemnização destinada a reparar os prejuízos sofridos pelo representante, perdendo para o futuro, ao sair de uma empresa, a benefício do cliente contribuído, criado ou desenvolvido por ele (tr. autora); CASS. SOC. 17 Mai 2000, nº 98-41.488, Sté MPI c/ Imbert: O facto de, imediatamente após a sua demissão, o representante ter trabalhado para uma empresa concorrente não o priva do direito à indemnização de clientela se não for demonstrado que a parte interessada prospectou a mesma clientela que o VRP (tr. autora); CASS. SOC. 23 Novembre 1999, nº 97-43-250 BC V nº 455: Quando, durante a execução do CdT, o empregador pagou ao representante uma remuneração especial destinada a compensar a clientela trazida, criada ou desenvolvida por ele, essa remuneração constitui um elemento salarial que permanece adquirido e que não pode dar lugar a restituição, mesmo em caso de falta grave (tr. autora).

Jurisprudência disponível em: <https://www.juritravail.com/Actualite/vrp-salaire-statut/ld/19056>.

⁴¹ Vide a este respeito VIEIRA, José Alberto (1991), op. cit. pp. 109- 111 e CUNHA, Carolina (2003), op. cit. pp. 16 ss.

⁴² A convenção FIRR está disponível em <http://www.enasarco.it/Allegati/8170391d-997e-4259-9c6a-c6984b2716a6.olts>.

⁴³ O art. 1751, nº 3 prevê: *L'importo dell'indennità non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente negli ultimi cinque anni e, se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione.*

Como se poderá perceber, não será tanto a tendência de aplicação analógica do regime da agência à concessão comercial, mas antes – com exceção da Bélgica - a da intencionalidade de manutenção de um regime legalmente atípico, e a tendência de inserir o regime, ou parte dele, às relações *juslaborais*, o que se retira da experiência europeia, sendo também evidente a necessidade destes ordenamentos jurídicos delimitarem expressamente a figura do agente, distinguindo-a da situação dos representantes comerciais subordinados.

Entre nós, e apesar de desprovido de caráter normativo direto, o preâmbulo da LCA, vem assumindo um papel de referência preponderante nas opções doutrinárias e jurisprudenciais⁴⁴, fundamentando a aplicação analógica do regime da agência a outros regimes atípicos.

Dos ensinamentos de Baptista Machado se retira que do preâmbulo das leis é possível frequentemente extrair a intenção reguladora do legislador e por vezes o elemento histórico da norma. Acrescentando este que “o elemento gramatical (“letra da lei” e o elemento lógico “espírito da lei”) têm sempre de ser utilizados conjuntamente”⁴⁵ sendo porquanto de exigir que a intenção proclamada no preâmbulo de uma lei tenha um mínimo de correspondência no texto normativo. Como vimos, o preâmbulo da LCA refere sinteticamente a problemática do aparecimento dos agentes, extrapolando para outros contratos (“de distribuição”) o regime da tutela do agente por conta própria, todavia omite as preocupações presentes nos trabalhos preparatórios da Diretiva: a salvaguarda da posição do agente comercial como *trabalhador não-assalariado*. Ora, sendo certo que a LCA é anterior à Diretiva, o mesmo não se pode dizer dos trabalhos preparatórios desta última, que remontam como referimos, a 1962.

Constatamos, pois, que a iniciativa legislativa de proteção da posição do trabalhador não subordinado, *máxime* as disposições – excecionais – que visavam (reunidos que fossem, um conjunto de pressupostos) a sua *proteção mínima nas relações com os comitentes*⁴⁶, designadamente perante uma situação de cessação de contrato, passaram a ser atribuídas a

⁴⁴ Vide entre outros, os Ac. STJ de 11.10.2011 (P.º n.º 4749/03.8TVPR.T.P1.S1); de 20.06.2013 (P.º n.º 178/07.2TVPR.T.P1.S1) e de 12.05.2016 (P.º n.º 2470/08.0TVLSB.L1.S1).

⁴⁵ MACHADO, João Baptista, (1983) - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 181.

⁴⁶ Citando o “Livro verde “Modernizar o direito do Trabalho para enfrentar os desafios do século XXI”, COM/2006/0708 final “ Comissão Europeia, 22.11.2006.

entidades, com estrutura organizativa própria, que atuam por conta própria, em nome próprio, assumindo o risco económico da sua própria atividade.

A recondução da concessão comercial ao regime excecional da agência acaba de certa forma por distorcer o intuito social subjacente à Diretiva. O agente encontra-se economicamente dependente do principal, já que é por via do seu trabalho que irá receber a comissão fixada por aquele. Assim, quanto melhor seja o seu desempenho, maior será a probabilidade de conseguir que sejam concluídos os contratos no interesse do principal, e consequentemente, maior será a comissão a receber. Sendo a comissão um percentual fixo sobre os contratos a celebrar, e uma vez que o agente não determina o preço de venda ou do serviço final, compreende-se que quanto mais operações conseguir concluir, maior será o efeito multiplicador na comissão a receber, sendo esse o único elemento multiplicador disponível.

Na concessão comercial, o concessionário compra para revender e “assume o risco” da sua atividade. Tal como o agente, quantas mais operações realizar, aritmeticamente mais receberá, mas, neste caso, cabe ao concessionário definir o preço de venda, do produto no mercado. Ou seja, o produto não tem o mesmo preço no momento em que é adquirido pelo concessionário ao produtor e no momento em que ele o revende no mercado. Grosso modo, é da diferença entre o custo do produto (preço *sell in*) e o preço a que o venda (preço *sell out*) que o concessionário obtém parte do seu ganho, porquanto o lucro que venha a obter depende – para além de outros fatores, como os custos que tenha que suportar - dele próprio, e do preço que vier a fixar no *sell out*. Acresce que, muitas vezes, a sua capacidade negocial com o próprio produtor, originando descontos financeiros, os descontos quantidade⁴⁷, ou o próprio processo de renegociação de preços (*sell in*), terá direto resultado direto na sua margem, a qual será tanto melhor quanto melhor o concessionário negoceie a montante do processo – com o produtor – um preço de *sell in* mais baixo, e a jusante, com os pontos de venda do produto, um preço de *sell out* mais elevado. Pode dar-se inclusivamente o caso de, apesar de manter vendas constantes, o concessionário conseguir uma margem

⁴⁷ Acerca da miríade de descontos que o revendedor pode obter por parte do produtor/vendedor, veja-se CUNHA; Carolina (2009) - “O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspectivas actuais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, org. Diogo Leite de Campos, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora; e da mesma autora “Vendas Com Prejuízo” Colóquio organizado pelo Grupo de Investigação “Contrato e desenvolvimento social”, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 3 de Junho de 2017. Coimbra: Edição do Centro de Direito do Consumo e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.62 a 64.

maior, bastando para isso diminuir o preço de *sell in*, ou reduzir custos de estrutura, e aumentar o preço de revenda do produto.

Em Portugal, a dependência económica do concessionário em relação ao concedente é relativa. Pode existir um comportamento de oportunismo do concedente em relação ao concessionário, que importa dissuadir. O concedente, uma vez prospetado e construído o mercado, disseminado o seu produto, promovida a sua marca e fidelizado clientes, pode ter interesse em retirar da equação o concessionário (ou o agente), procurando um outro parceiro que lhe ofereça melhores condições, ou até mesmo assumindo diretamente a distribuição do seu produto. Hoje em dia, esta segunda hipótese não tem o custo que teria há uns anos atrás, em virtude da mutação do mercado da distribuição. As grandes insígnias têm hoje centrais de compra e alguns mercados operam por “concurso”, “*tender*” ou “*appel d’offre*”, invertendo assim o fluxo da oferta-procura, para procura-oferta. Nestes casos, o concedente pode, de facto, questionar o interesse em deixar parte da sua margem num intermediário, já que negociando diretamente – e muitas vezes uma única vez, garantindo fornecimentos para um ano inteiro - poderá colocar o seu produto no mercado, com melhor preço beneficiando ele próprio da margem que deixaria no concessionário.

Esta inversão de fluxo pode ser uma das razões, mas não será a única. Existem muitas outras razões que podem determinar a decisão do concedente. Todavia, também não são raras as vezes em que é o próprio concessionário que tem interesse em resolver a relação de concessão, substituindo o produto, por outro “produto sucedâneo” que compre a um preço menor, ou com outras condições, que lhe permita a libertação de uma melhor margem. Também não são raras as vezes em que numa tal situação, e escudando-se em “incumprimentos” de obrigações acessórias do concedente, o concessionário vem resolver “por justa causa” o contrato, reclamando a IC.

A IC passou em muitos casos a ser uma espécie de “bónus”, a que o concessionário oportunista recorre no termo da relação de concessão, uma vez que ela é requerível para além de todas as indemnizações por danos a que este tenha efetivamente direito, atendendo à dominante e generalizada tendência de se lhe aplicar por analogia – na maioria das vezes sem fazer uso do critério de verificação *in casu* - o regime da LCA.

De todos os modos, seja quem for o oportunista no termo da relação, a verdade é que a IC não tem função nem de bónus (para o concessionário), nem punitiva (para o concedente), apesar de como tal ser muitas vezes – veladamente – considerada.

A adulteração da função de aplicação da IC é crassa, se refletirmos no exemplo simples que apresentámos acima: sendo o concessionário que define a sua margem, este em tese pode determinar uma margem de 100% ou de 500%, e é sobre esta margem, deduzida de custos que obterá o lucro líquido, sobre o qual os Tribunais vêm atribuindo a IC⁴⁸. Por oposição, não é o agente que determina o percentual da comissão, e consequentemente, a remuneração sobre a qual a LCA determina que seja calculada a IC. Do mesmo modo, é sobre a remuneração que incide o cálculo da compensação por “despedimento” do trabalhador subordinado.

VI. A eventual analogia da LCA com as relações de trabalho juridicamente independente, mas economicamente dependente

“Ao nível comunitário, o regime das condições de trabalho dos agentes comerciais ilustra como as regras do mercado interno podem aproximar-se de certos aspectos do direito do trabalho. A fim de assegurar a protecção mínima dos agentes comerciais nas relações com os respectivos comitentes, a Directiva 86/653/CEE consagra disposições respeitantes, nomeadamente, ao pagamento da sua remuneração, a condições de conversão dos contratos a termo em contratos sem termo, assim como à reparação do prejuízo causado pela cessação de um contrato.”.

In Livro Verde - Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI

Houve já quem entendesse que a Diretiva constitui um raro momento de envolvimento da EU na regulamentação das condições de trabalho dos trabalhadores por conta própria⁴⁹. Não podemos deixar de concordar com esta opinião.

A nosso ver, a LCA poderia ter constituído uma revolução ou pelo menos um avanço de enorme progressividade na área das relações *juslaborais*, concretamente em relação ao trabalho não subordinado, uma vez que tal como os agentes comerciais “não assalariados”, ou “por conta própria”, outros trabalhadores não subordinados estão, regra geral, numa posição “desfavorável face aos seus comitentes”.

⁴⁸ Vejam-se, entre outras as decisões do STJ de 23.11.2006 (P.º Nº 06B2085), de 13.09.2007 (P.º 07B1958); de 15.11.2007 (P.º 07B3933); de 20.01.2010 (P.º 312/2002.C1.S1); de 12.03.2012 (P.º n.º 99/05.3TVLSB.L1.S1); de 12.03.2015 (P.º 2199/11.1TVLSB.L1.S1) e de 12.05.2016 (P.º 2470/08.0TVLSB.L1.S1).

⁴⁹ VRANKEN, Martin, (2009) - *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*, Melbourne: Melbourne University Press, pp. 68 ss.

De resto, há hoje a preocupação de “assegurar a todos os trabalhadores independentes da UE um nível mínimo de protecção social (...), a fim de garantir um nível básico de protecção social a todos os trabalhadores em geral, independentemente da forma jurídica sob a qual exercem a sua actividade.”⁵⁰

A aplicação de competências, aptidões, conhecimentos, técnicas, em proveito alheio, com a contrapartida da respetiva remuneração, poder-se-á entender como trabalho, sendo o vínculo típico desta relação o CdT, definido no art. 1152.º do C. Civ. como “aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta.”. A Lei laboral particulariza o tratamento desta relação, introduzindo o CT atual, no seu art. 11.º outros critérios à noção de CdT, definindo-o como “aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”, definindo-se o direito do trabalho como o conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre empregados e empregadores.

Não pretendemos defender a transmutação dos trabalhadores por conta própria, mas economicamente dependentes em trabalhadores por conta de outrem, pretendemos sim evidenciar os traços contidos na Diretiva e na LCA visando a proteção específica destes trabalhadores, o que sempre se justificaria, atenta a dependência económica em que se encontram e a lacuna legal da sua situação nomeadamente em matérias de cessação do contrato. De resto, a estrutura, a sistematização e o regime de proteção presentes na Dir. 86/653/CEE são perceptíveis quando observados sob as premissas e conceitos das relações de trabalho, de proteção social e de emprego.

A introdução dos conceitos de “Direitos e Obrigações” no exercício da sua atividade, a intencionalidade da opção pelo termo “Remuneração”, a necessidade de a remuneração ser “razoável”, as regras específicas para a “Cessação do contrato de agência”, ao ponto de o nº 2 do art. 27º na sua redação original prever que “se considera renovado por tempo indeterminado o contrato que continue a ser cumprido pelas partes após o decurso do prazo”, bem como o estabelecimento de uma compensação a atribuir na cessação da relação, cujo cálculo se baseia justamente na (média anual da) remuneração do agente⁵¹, têm ainda

⁵⁰ Parecer do Comité Económico e Social Europeu 2011/C 18/08.

⁵¹ Aliás, como refere o Acórdão Andaluz (STSJ Andalucía – Málaga, de 27 de outubro de 2000 (Ar. 2719): “*nos encontramos com que no varía en lo fundamental la forma de prestación de la relación laboral de carácter especial y la sometida al contrato de agencia. Igualmente, respecto de otras materias, tales como sistema de*

hoje paralelo na legislação laboral. De fato, a formulação do art. 34º da LCA, na redação introduzida pelo DL 118/93, de 13 de abril, relativa ao direito do agente a receber, em caso de cessação da relação, uma *indemnização anual* calculada a partir da média anual das remunerações por este recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos”, assemelha-se ao art. 34.º b) da LGT: “Em caso de despedimento, a *indemnização nunca será inferior à retribuição correspondente a um ano*”. Em ambas, a fórmula de cálculo assenta no binómio *retribuição* e antiguidade. Todavia, enquanto o CT não condiciona a atribuição de indemnização em caso de despedimento à verificação de evidências objetivas do resultado da prestação do trabalhador, na LCA, apenas verificados os requisitos do art. 33.º da LCA, haverá a atribuição da IC. Segundo este preceito, o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indemnização de clientela, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, determinados requisitos: (a) O agente *tenha angariado* novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existentes⁵²; (b) A outra parte *venha a beneficiar* consideravelmente, após a cessação do contrato, da atividade desenvolvida pelo agente; (c) O agente *deixe de receber qualquer retribuição* por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a), prevendo o nº 2 a possibilidade de *a indemnização de clientela poder ser exigida pelos herdeiros*, em caso de morte do agente.

Há quem entenda ser de rejeitar a ideia de que a IC. é uma simples medida de índole social, em ordem à proteção do agente.⁵³ Não podemos concordar com esta recusa liminar. Tendo presentes os objetivos da presente dissertação, será despidendo abordar a controvérsia da natureza jurídica da IC⁵⁴, todavia, se nos ativermos ao nosso propósito, sempre diremos que, não sendo ela *puramente* ou estritamente protetiva, não se lhe pode

remuneración, devengo de comisión, inventarios, pacto de no competencia, duración y extinción del contrato, indemnización por clientela, etc. la regulación de ambas normas es muy similar, sin diferencias sustanciales”.

⁵² TJUE 2016.04.07: “O artigo 17º, nº 2, alínea a), primeiro travessão, da Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais, deve ser interpretado no sentido de que os clientes angariados pelo agente comercial relativamente às mercadorias de cuja venda está encarregado pelo comitente devem ser considerados novos clientes, na aceção desta disposição, e isto mesmo quando esses clientes já tinham relações comerciais com esse comitente relativamente a outras mercadorias, sempre que a venda, por esse agente, das primeiras mercadorias tenha exigido a construção de uma relação comercial específica, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

⁵³ MONTEIRO, António Pinto (2009), op.cit., pp. 159.

⁵⁴ Para uma análise mais desenvolvida das diversas teses em confronto relativamente à natureza jurídica da IC. Vide: CUNHA, Carolina (2003), op. cit., pp. 363 ss. e 378 ss., MONTEIRO, António Pinto (2009), op.cit., pp. 159 ss, LEITÃO, Luís Menezes (2006), op. cit., pp. 91 ss. e PINTO, Fernando A. Ferreira (2013), op. cit., pp. 676 e ss.;

ser negado esse propósito. De facto, a Doutrina, quer nacional⁵⁵, quer internacional⁵⁶ reconhece o agente como a parte mais *vulnerável* da relação, e como tal, sujeito a uma certa medida de proteção⁵⁷. “Por tudo isto, enfim, não será de todo incorrecto assinalar à IC um escopo de proteção (...) de interesse ou posição do agente (...) em face de um resultado típico valorado como desvalioso.”⁵⁸

O ordenamento legal laboral surge com preocupações protecionistas em relação a uma das partes (o trabalhador), tipicamente em situação mais débil na relação, porquanto as normas que regulam a relação laboral visam de algum modo colmatar a posição do trabalhador, colocado em situação de subordinação e dependência económica e, consequentemente, com menor capacidade de fazer prevalecer a sua posição. Quanto a nós, a criação de uma medida de assistência material em situação de cessação da relação, e consequente perda involuntária de rendimento económico parece-nos ser justamente uma medida de índole social⁵⁹, tanto mais que o requisito da alínea c) do nº 1 do citado artigo 33.º, relativo à necessidade de o agente, após a cessação do contrato, deixar de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos com os clientes que angariou ou em relação aos quais o volume de negócios aumentou, pretende a nosso ver, afastar a acumulação do direito à comissão por estes contratos com a IC “extravasando esta assim das suas funções de indemnização”⁶⁰.

O regime do art. 33.º, particularmente do nº 2, e do art. 34.º da LCA perfilha a lógica “assistencialista” de proteção nas situações de desemprego e de morte, protegendo socialmente as pessoas que se encontram em situação de falta ou diminuição de meios de

⁵⁵ CUNHA, Carolina (2003), op. cit., pp. 364 ss.; PINTO, Fernando A. Ferreira (2013), op. cit., pp. 544 e ss.;

⁵⁶ HIEKEL, Hans-Jürgen (1985) - *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragsändlers* Frankfurt am Main: Haag + Herchen V., pp. 18-25; CANARIS, Claus-Wilhelm (1995), *Handelsrecht*, Munchen: Verlag C. H. Beck, pp. 257, o qual refere que o que “a vertente de proteção social manifesta-se não apenas na imperatividade da norma, como ainda no plano do fundamento e na medida da indemnização de clientela, uma vez que entre as circunstâncias a ponderar em sede de equidade se incluem aspetos de índole social, atendendo à típica situação de dependência em que o agente se encontra (...)”; bem como os defensores da tese da aproximação entre a *indennità di scioglimento* concedida ao agente e a indemnização de antiguidade outorgada ao trabalhador, *apud*. CUNHA, Carolina (2003), op. cit., pp. 365 - 366 notas de rodapé 716 a 718.

⁵⁷ CUNHA, Carolina (2003), op. cit., pp. 370 ss.; PINTO, Fernando A. Ferreira (2013), op. cit., pp. 689 ss.

⁵⁸ CUNHA, Carolina (2003), op. cit., pp. 423 ss.

⁵⁹ A tradução para Português da Dir. 86/653/CEE não inclui no título a referência - presente na versão original - de “*self-employed*”. Perdeu-se assim na tradução o elemento indiciador da pretendida tutela do sujeito prestador, enquanto trabalhador não subordinado, autónomo ou por conta própria.

⁶⁰ LEITÃO, Luís Menezes (2006) - “*A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*”, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 54.

subsistência⁶¹. Recentemente entendeu-se que, tendo em consideração o modo de cálculo da indemnização, assente na média anual das remunerações do contrato terminado, a IC. visaria proteger a preservação do equilíbrio de cada contrato, repartindo entre o principal e o agente os benefícios que se projetam após a cessação do contrato, em consequência da atividade desenvolvida pelo agente durante a sua vigência, “não constituindo assim uma autêntica indemnização por danos.”⁶² Ora, justamente tendo em consideração este pensamento de proteção, as variáveis de cálculo, como sejam a retribuição e a estabilidade na atividade consubstanciada na antiguidade do contrato, entendemos que a IC terá um cariz próximo à indemnização por despedimento⁶³, tendo ainda, a nosso ver, o propósito de gerar um especial dever de cuidado, ou de “prevenção do abuso”⁶⁴ - expresso no pagamento da indemnização por parte do Principal - na decisão de fazer cessar o contrato, tendo este tido vantagens daquela relação durante o tempo em que a mesma perdurou em virtude da prestação do agente, vantagens essas que se preveem manter mesmo após o termo da relação^{65 66}.

De resto, e entre nós, houve já quem admitisse poder ter sido “a fragilidade da posição do agente, sobretudo em face da ameaça da cessação do vínculo jurídico onde repousa a sua sobrevivência económica”⁶⁷, ou diríamos nós, a situação de *dependência económica*⁶⁸ gerada no agente por via do CdA, aproveitada pelo principal não só ao longo da relação, mas também após o termo desta, a razão do impulso do legislador lhe outorgar uma indemnização de fim do contrato.

O cotejo das normas mencionadas visa justamente evidenciar o propósito de tutela social contido em todo um regime, *máxime* na figura da indemnização de clientela, criado

⁶¹ PEREIRA, Alexandre Libório Dias, (2014)- *Denúncia e indemnização de Clientela nos Contratos de Distribuição (resenha de Jurisprudência recente do STJ)*, Boletim de Ciências Económicas LVII/III, pp. 2657, refere que “(...) a IC pode ser considerada uma contrapartida pela liberdade de cessação do contrato de que dispõe o principal, algo à semelhança do que sucede nas indemnizações por cessação do contrato de trabalho, não obstante a diferença de requisitos”.

⁶² STJ no Ac. de 05.12.2016.

⁶³ Quanto à relação laboral *vide* XAVIER, Bernardo da Gama Lobo (2012) “A Compensação por Despedimento no Contrato Trabalho”, Revista de Estudos Sociais e Corporativos, Ano VIII, abril a junho, n.º 30 pp.41-43. Relativamente ao cariz indemnizatório da indemnização de clientela, *vide*, MONTEIRO, António Pinto (2006), in “O direito à indemnização de clientela do distribuidor comercial”, *Conferência proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, pp. 125.

⁶⁴ PINTO, Fernando A. Ferreira (2013), op. cit. pp. 690.

⁶⁵ Ou que “de acordo com um juízo de prognose, seja bastante provável que eles se venham a verificar”, cfr. Ac. STJ de 18.06.2014 (P.º n.º 2709/08.1TVLSB.L1.S1).

⁶⁶ cfr. alíneas a) e b) do art 33.º da LCA.

⁶⁷ CUNHA, Carolina (2003), op. cit. pp. 370-378.

⁶⁸ CUNHA, Carolina (2003), op. cit., pp. 420.

para acautelar uma determinada atividade profissional por conta própria e *não assalariada*, isto é, juridicamente independente e economicamente dependente.

Concordamos que “*apesar de existirem algumas afinidades entre ambos (relação de agência e relação de trabalho) – mormente no tocante à estabilidade, à defesa dos interesses da outra parte e, em certos casos, ao tipo de atividade desenvolvida, da promoção negocial - o agente é juridicamente independente do principal, exerce a sua atividade com autonomia e assume riscos, no plano da retribuição*”⁶⁹, pois reconhecemos a existência de diferenças entre *empregado comercial* ou “*caixeiros*”⁷⁰ - ou qualquer que seja o título que ostentem- e o agente. Mas, entendemos que a crescente flexibilização das formas de trabalho obrigam a perceber que as afinidades entre as duas relações vão além da “estabilidade e defesa dos interesses da outra parte”, havendo em ambos os casos prestação de atividade de trabalho com identidade funcional: nas duas situações temos o elemento da estabilidade, retribuição pelo trabalho; “e em ambas as situações se configuram deveres de sigilo e não concorrência e um poder instrutório ou diretivo do credor”⁷¹; sendo a prestação “*autodeterminada*”⁷², a autonomia económico-organizativa⁷³, a independência do agente⁷⁴ - por oposição à subordinação à entidade patronal -, em suma, o carácter de “*self employed*” a preponderante característica distintiva.

Daí que concordemos com alguma Doutrina⁷⁵ quando assinala este elemento como distintivo da figura, considerando porém que as semelhanças assinaladas, típicas da prestação

⁶⁹ MONTEIRO, António Pinto (2009), op. cit., pp. 105.

⁷⁰ “Caixeiro”, terminologia jurídica. São assim designados desde o séc. XVIII, os empregados do comércio em geral, cujas funções haviam sido já reguladas pelos Estatutos aprovados por alvarás de 19 de maio de 1759 e 16 de dezembro de 1757, donde essa designação passou para os códigos comerciais de 1833 e 1887. (...) O contrato que regula as relações entre os caixeiros e o comerciante ou industrial é de prestação de serviços e mandato, designado atualmente por contrato de trabalho, sobre que versa a lei 1952 de 10 de março de 1937. (...)”: in enciclopédia Luso Brasileira.

⁷¹ RAMALHO, Maria do Rosário da Palma (2014), *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 70 ss.

⁷² CORDEIRO, António Menezes (1999), op. cit., pp. 525.

⁷³ Cumpre recordar, a propósito, a lição de SOUSA RIBEIRO, Joaquim (2007), *Direito dos Contratos, Estudos*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 356: “autonomia económico-organizativa, esta sim, privativa do trabalho autónomo. Basta que o trabalhador não goze desta segunda forma de autonomia para que a subordinação subsista, ficando então reduzida a aspetos externos à própria prestação de trabalho, embora com ele conexos, às condições organizativas e de carácter administrativo que a enquadram, sem contender com o conteúdo dos atos de prestação.”

⁷⁴ Vide ponto 4 do preâmbulo do DL n.º 178/86: “(...)Tal como o comissário, o agente é independente e atua com autonomia, sendo remunerado em função dos resultados que vier a obter. (...) A sua atuação pauta-se pelas notas da autonomia e da estabilidade e circunscreve-se a uma determinada zona ou círculo de clientes. (...).

⁷⁵ Vide MONTEIRO, António Pinto (2007), op. cit., pp. 55; MONTEIRO, António Pinto (2009), op. cit., pp. 105; BRITO, Maria Helena (1990), op. cit., pp. 165.

“por conta própria” ou do trabalhador “não assalariado”, como referenciam os projetos preparatórios, sopesadas à dependência económica do agente, imporão outras dificuldades porquanto situam esta especial categoria de trabalhadores, numa “zona cinzenta”⁷⁶ entre o direito laboral e o direito comercial, tanto mais que, no entendimento de alguns autores⁷⁷, esta autonomia do agente pode ser no caso concreto inadequada, já que é uma autonomia mitigada em virtude da obrigação de respeito do agente às instruções da outra parte, designadamente quanto à política comercial, ou ao objeto do contrato, e à obrigação de prestação de contas da sua atividade ao principal. Ora, sendo a autonomia comumente aceite pela nossa doutrina e jurisprudência⁷⁸ como o elemento essencial da distinção entre CdT e prestação de serviços, tem sido este também o elemento que mais obstáculos provoca na sua configuração, complexificando-se esta ainda mais, perante uma lei de *sujeitos* e não de *modos*⁷⁹, como entendemos ser o caso da LCA⁸⁰, e no âmbito da “autonomia mitigada”⁸¹ ou “para-subordinação”⁸².

Curiosamente, para a jurisprudência⁸³ a dependência ou a mitigação da autonomia não obsta à aplicação analógica do regime da LCA à concessão comercial, pelo contrário, reconhece-a como um dos elementos comuns entre as figuras (agência e concessão comercial). À concessão comercial é reconhecida, de resto, a existência de uma “estreita colaboração e *dependência* em ordem a uma integração do distribuidor em determinada rede

⁷⁶ VALVERDE, Antonio Martín, (2002) “Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 38, pp.21-50.

⁷⁷ GOMES, Júlio M. V. (2007) *Direito Do Trabalho, Vol 1, Relações Individuais De Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 145 – 158.

⁷⁸ Ac. STJ de 03.02.1999, publicado na Col. Jur., ano VII – 1999, tomo I, pp. 70; Ac. STJ de 24.02.2011; Ac. STJ de 26.05.1970 BMJ n.º 197 Ano 1970, pp. 359.

⁷⁹ A LCA regulamenta a relação propriamente dita, entre Principal e Agente, enunciando os direitos do Agente, as suas obrigações no âmbito da relação, bem como, entre outros, os direitos deste quando colocado em situação de cessação involuntária do CdA, mas não estabelece o modo do cumprimento da obrigação, isto é, o concreto modo da promoção da celebração de contratos.

⁸⁰ Vide a respeito das dificuldades de delimitação, GOMES, Júlio M.V. (2007), op. cit., pp. 145 - 158.

⁸¹ Vide Ac. STJ de 24.02.2011 (P.º 2867/04.4TTLSB.S1), quanto à autonomia mitigada do Agente.

⁸² PARDOLESI, Roberto (1979) - *I contratti di distribuzione*, Napoli: Editore Jovene, pp. 294 ss, observa que o problema se coloca no ponto em que acaba a subordinação em *sentido técnico* e onde podemos falar de uma “para subordinação”, à qual o direito vigente não dá qualquer resposta positiva.

⁸³ Vejam-se designadamente os Ac. do STJ de 12.05.2016 (P.º 2470/08.0TVLSB.L1.S1); de 23.11.2006 (P.º nº 06B2085), de 04.11.2010 (P.º nº 2916/05.9TBVCDD.P1.S1), de 11.10.2011 (P.º 4749/03.8TVPT.P1.S1), de 27.10.2011 (P.º nº 8559.06.2TBVRG.G1.S1), de 31.01.2012 (P.º nº 2394/06.5TBVCT.P1.S1), de 18.12.2013 (P.º nº 2394/06.5TBVCT.P2.S1), de 18.06.2014 (P.º nº 2709/08.1TVLSB.L1.S1), de 12.03.2015 (P.º nº 2199/11.1TVLSB.L1.S1), de 29.09.2015 (P.º nº 1552/07.0TBPTM.E2.S1) e de 17.11.2015 (P.º nº 4671/06.6TBMTS.P1.S1), todos consultáveis em www.dgsi.pt.

comercial”⁸⁴, pois se, “por um lado, o concessionário é juridicamente independente do concedente, por outro lado, a sua empresa está numa situação de *subordinação* económica relativamente à do concedente”⁸⁵ ou da “parte que está a jusante no circuito económico”⁸⁶. Assim, vem-se entendendo que a colaboração entre as partes, a relação duradoura que estabelecem, a integração na rede de distribuição, a obediência a certas obrigações designadamente no tocante à sua organização, o controlo e fiscalização da atividade a que os distribuidores se submetem, são, entre outras, notas que servem como justificação da aplicação analógica à concessão comercial do regime legal do contrato de agência⁸⁷.

A título de exemplo, o Acórdão 763/05.7TVLSB.S1, do STJ refere “(...) Efectivamente, sendo o concessionário um colaborador da empresa, actuando com permanência e assiduidade, com o objectivo de difundir no mercado os seus bens e a sua marca, na órbita da dependência da política comercial daquela, assiste-se a uma tendência legislativa generalizada para lhe conferir determinados direitos, aquando da cessação do contrato, em especial, os direitos de pré-aviso, de indemnização de clientela e da retoma dos bens em «stock». As obrigações decorrentes do contrato de concessão comercial impõem-se às partes, enquanto o mesmo durar, como é óbvio, e não já quando tiver cessado.”

Já no contexto das relações *juslaborais*, a autonomia é elemento excludente de laboralidade, pelo que a nossa jurisprudência recorre ao método indiciário⁸⁸ para resolver a questão da determinação da subordinação, usando como indícios reveladores de dependência, o local de trabalho, a existência e o cálculo da retribuição, a propriedade dos instrumentos, meios ou equipamentos de trabalho, o grau de sujeição do trabalhador a instruções do comitente, o cumprimento de horário, ou mesmo o regime fiscal ou segurança social a que o trabalhador está sujeito⁸⁹, sem se mostrar ainda sensível à questão da dependência económica.

⁸⁴ Veja-se MONTEIRO, Pinto (2002) - *Do regime jurídico dos Contratos de Distribuição Comercial*, Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado nº 22, pp. 575-576.

⁸⁵ BRITO, Maria Helena (1990), op. cit., pp. 151.

⁸⁶ DUARTE, Rui Pinto, op. cit., pp. 320.

⁸⁷ MONTEIRO, Pinto, (2009), op.cit., pp. 110 ss.

⁸⁸ Quanto ao método indiciário, vide BOTÍA, Alberto Cámara – “Trabajo dependiente y trabajo autónomo en la mediación mercantil”, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83, pp. 195 a 216, o qual conclui com a questão de saber se não se haverá chegado ao momento, uma vez instituída a figura do trabalhador autónomo economicamente dependente, de simplificar legalmente as opções.

⁸⁹ Acerca da delimitação da subordinação, vide GOMES, Júlio M.V. (2007), op. cit., pp. 149-153.

Não raras vezes o Tribunal foi chamado a decidir sobre a linha de distinção entre o CdA e o CdT, havendo inclusivamente, antes da LCA, quem considerasse que “o acordo em que uma das partes (o agente) assume, com carácter permanente e estável, por tempo determinado ou não, o encargo de promover, em nome e por conta de outrem (empresário), mediante remuneração, a conclusão de operações mercantis, angariando encomendas em certa zona, *sem estar ligado àquele por um contrato de trabalho*, equivaleria a um contrato, inominado, de agência ou representação comercial (...)”.⁹⁰”

As interessantes intervenções sobre esta matéria revelam bem a dificuldade em ajuizar a figura do agente, trabalhador autónomo economicamente dependente, e a incerteza decorrente do recurso ao método tipológico, existindo casos em que apesar de verificados indícios de laboralidade, ainda assim, o Trib. decidiu considerar a relação como CdA e, em sentido oposto outros, em que apesar de as partes estarem vinculadas por via de CdA, o Trib. admite poder considerar-se a relação como CdT.

Exemplo disso, o Ac. STJ de 3/02/1999 (P.º 98B739), no qual o Tribunal considerou que o contrato se inseria “*numa zona indefinida, em que não avulta com suficiente clareza o traço definidor da subordinação jurídica, isto é, o da subordinação do “prestador dos serviços” à autoridade de direcção e orientação do beneficiário deles*”.

O caso tratava de uma Sociedade A. que, querendo instalar-se em Portugal, procurou quem se encarregasse de fazer a prospeção do mercado e lhe viesse a fazer as vendas; acordando nesse sentido, com B, mediante acordo escrito denominado de "Contrato de Prestação de Serviços", pelo prazo de um ano com início em 1.10.1992 e o seu termo em 30.09.1993, renovável automaticamente por períodos iguais e sucessivos até setembro de 1995. B. comprometeu-se a desempenhar as funções para que foi contratado, com zelo, empenho e diligência cumprindo rigorosamente todas as instruções providas de A., passando a ser retribuído através de comissão sobre todas as vendas. B. trabalhava em *full time* para A. B fez a prospeção do mercado e promoveu os produtos de A.. B, executava funções a partir de instruções de A., contactava e visitava os clientes, recebia as encomendas, examinava-as, confirmava a qualidade do produto, emitia ordens escritas de execução da encomenda, dava indicações para elaboração das faturas, cujas cópias lhe eram enviadas para controlo das vendas e das comissões. Era nas instalações de A. que B tinha o seu local de trabalho e a partir delas fazia telefonemas, enviava faxes e todo o tipo de comunicações

⁹⁰ Ac. STJ de 17.04.1986, in BMJ N.º 356 ANO 1986 pp. 342.

relacionadas com as funções para que havia sido contratado. Em 29.04.94, A. entregou a B. uma carta, na qual, alegando não terem "sido obtidos os resultados", lhe comunicava a rescisão do contrato de prestação de serviços, com efeitos a partir de 31.07.1994. B. não se conformando, recorreu a Trib., pedindo, com fundamento nas disposições que regulam o CdA, a condenação da contraparte ao pagamento das comissões respeitantes às vendas concretizadas até 28.07.94; as comissões referentes às encomendas feitas antes de 28.07.94, mas satisfeitas depois, e a indemnização de clientela. O STJ considerou tratar-se de um contrato englobável na categoria genérica dos de prestação de serviços, ou quiçá mesmo um CdT, mas não um CdA.

Posição diferente foi defendida no Ac. STJ de 2003/05/07 (P.º 03S284). Neste caso, A. foi contratado por B. para, com carácter de exclusividade, na zona da Grande Porto, e ainda em quaisquer zonas do país onde B. tivesse conveniência, prestar serviços de venda dos produtos fabricados por B.. O contrato, denominado como “contrato de prestação de serviços”, foi celebrado pelo prazo de seis meses, renováveis. A. exercia a sua atividade sem sujeição a horário de trabalho, gerindo o seu tempo de harmonia com os seus propósitos, recebia uma comissão sobre o valor líquido das vendas efetuadas e procedia à respetiva cobrança. Utilizando viatura própria para o exercício das suas funções, A. seguindo as diretrizes de B., deslocava-se semanalmente à sua sede, para conferência das cobranças e preenchimento das notas de encomenda de B.. A. tinha direito à comissão e a um prémio anual, nada mais podendo cobrar. Estava, por isso, dependente das vendas que fazia. Não estava sujeito a horário de trabalho e estava coletado como empresário em nome próprio, não constando das declarações de Segurança Social de B.. O STJ qualificou o contrato entre ambos como de agência, afastando a sua qualificação como CdT, considerando inexistir indícios de subordinação jurídica.

Reconhecendo que *“a crescente flexibilização das formas de emprego tem contribuído para um aumento exponencial dos casos nebulosos, de fronteira, em que se torna por vezes extremamente difícil ajuizar se estamos perante uma situação de trabalho subordinado ou de trabalho autónomo”*, a Relação de Lisboa, (Ac. Trib. RL de 9/11/2005 (P.º 6077/2005-4)), determinou como contrato de trabalho a seguinte factualidade: A partir de 1981, A. começou a trabalhar para B. como vendedor, tendo ocupado diversos cargos, sendo que ultimamente desempenhava as funções de “Adjunto de Direção”. A. inseria-se na estrutura hierárquica da organização de B, concretamente no departamento comercial; cumpria horário de trabalho,

embora grande parte da sua atividade fosse exercida no exterior em visitas a clientes. B. controlava a assiduidade e em geral a atividade de A. estabelecendo objetivos de venda e autorizando a sua ida de férias. B. fornecia os instrumentos de trabalho e o material promocional dos produtos vendidos. A. era retribuído em função dos resultados e não do tempo de atividade prestado. A. não constava das declarações de Segurança Social de B.. Em janeiro de 2001, B. comunicou a A. que denunciava “o contrato de agência”.

A RL refere neste acórdão, a partir dos fatos apurados, que a relação estabelecida revestia características *híbridas, próprias das duas espécies contratuais* referenciadas determinando a qualificação do contrato como CdT. Assim, se alguns factos apontavam para a qualificação do contrato como de agência, outros seriam compatíveis com qualquer daqueles tipos contratuais e outros ainda seriam mais consentâneos com um CdT, entendendo o Trib. que os factos globalmente considerados constituíam indícios de subordinação jurídica, prevalecendo sobre outros, como a modalidade de retribuição adotada (não em função do tempo, mas dos resultados) ou o regime fiscal e de segurança social.

No mesmo sentido, determinando a qualificação do contrato como CdT, decidiu o STJ no Ac. STJ de 13/07/2006 (P.º 06S698), reconhecendo o agravamento das dificuldades de apreciação com a *“mutação que o modelo tradicional da relação de trabalho tem vindo a sofrer, a que não são alheios os fenómenos da desmaterialização do trabalho, da terciarização da economia, da proletarização das profissões liberais e do surgimento de novas estruturas empresariais”*⁹¹, admitindo que o caso não escapava a essa dificuldade, pois do acervo factual decorria a existência de elementos que favorecem um e outro dos tipos contratuais em confronto.

Em causa estava o contrato celebrado entre as partes através do qual o A. se comprometeu a promover, por conta de B., a venda dos produtos que esta comercializava. A atuação de A. estava delimitada geograficamente e A. recebia remuneração variável, reportada à atribuição de comissões e prémios. A. Inicialmente integrava-se fiscalmente, na classe “C” e, ulteriormente, na classe “B”, e procedia à emissão e entrega à B., de recibos de “prestação de serviços”. O STJ confirmou a qualificação do contrato como CdT, considerando como relevantes para a qualificação jurídica laboral: o pagamento mensal ao A. de um valor fixo a título de despesas; a utilização de cartão “Galp Frota”; a cedência por B. de uma viatura

⁹¹ Parafraseando o Ac. STJ de 28/6/06 (P.º nº 892/06).

para uso profissional e pessoal; o fato de ser B. a estipular os objetivos de vendas a promover pelo A.; o facto de A., quando não se encontrava em visitas a clientes no exterior, trabalhar nas instalações de B., onde se sujeitava a um horário de trabalho e onde utilizava instrumentos de trabalho fornecidos pela B.

O STJ constatou que “Sendo embora certo que o regime fiscal do A. e a emissão de “recibos verdes” constituem indícios importantes da existência de um CdA, importava reconhecer (...) que o número e relevância dos demais elementos (local de trabalho, horário de trabalho, utilização nos termos referidos, de viatura e utensílios da empresa, a definição dos objetivos de vendas e a integração do A. no departamento comercial de B. apontavam decisivamente para a qualificação do vínculo como contrato de trabalho.”

Diversamente, no Ac. STJ de 24/02/2011 (P.º 2867/04.4TTLSB.S1), o STJ determinou tratar-se de um CdA e não de um CdT a seguinte factualidade: A e B vincularam-se em 01.03.1989 nos termos de uma relação de trabalho subordinado que se manteve até 31.12.1994. Em fev. 1991 A. foi promovido à categoria profissional de Inspetor de Vendas, tendo até 1994 executado as funções inerentes àquela categoria profissional, sob a ordem e direção do Chefe de Vendas de B e do Diretor Comercial. Incumbia-lhe, entre outras, visitar clientes, promover os produtos da B informar os clientes sobre promoções, recolher encomendas, fazer a prospeção do mercado e acompanhar as visitas dos técnicos aos clientes. Era A. que traçava o plano semanal das visitas, estando obrigado a prestar 37,5 horas de trabalho semanal, de 2.ª a 6.ª feira, mas sem obediência a um horário rígido. Pelo menos uma a duas vezes por semana deslocava-se aos escritórios da B, onde existia um espaço destinado a todos os Inspectores de Vendas. A. beneficiava da utilização de uma viatura, propriedade da B., para uso profissional e pessoal, cujas despesas de manutenção e de serviço (portagens, gasolina e almoços) B. suportava. A. estava subordinado às ordens e disciplina da B. Em finais de 1994, B. comunica a A. que a empresa ia alterar o estatuto de todos os Inspectores de Vendas, que passariam a 'Comissionistas'. Caso o A. se opusesse àquela alteração, 'iria para a rua'. B. garantiu ao A. que, em caso de rescisão do contrato de prestação de serviços, ocorreria a reintegração na empresa como trabalhador subordinado, sem perda de antiguidade e ainda o direito ao vencimento-base que o A. auferia em 1994, caso o valor obtido mensalmente pelo A. a título de comissões em 1995 não atingisse aquele montante. Por exigência de A., a alteração do estatuto de Inspetor de Vendas para

Comissionista foi reduzida a escrito, em 31.12.1994., tendo igualmente nessa data celebrado, um acordo de cessação de CdT. A. foi contratado pela B. para ser seu representante exclusivo de determinados produtos, em determinada zona territorial. No dia 01.01.1995 A. e B. celebraram o primeiro contrato de prestação de serviços. A. continuou a executar exatamente as mesmas funções. Como contrapartida pelos serviços prestados B. pagava-lhe uma comissão sobre os montantes das vendas angariadas. O A. começou por estar coletado como empresário em nome individual e, posteriormente, como trabalhador independente. B., no mês de setembro de cada ano, enviava uma carta a A. manifestando a sua intenção de denunciar o alegado contrato de prestação de serviços (mais tarde denominado de “contrato de Agência”) no seu termo, e, invariavelmente, no dia 1 de Janeiro do ano subsequente celebrava com A. um novo contrato, com a duração de um ano, renovável, prática que se manteve até Novembro de 2003.

No dia 3.11.2003, B. entregou em mão ao A. uma carta a comunicar-lhe que este não devia apresentar-se nas suas instalações. E em 26.11.2003 A. recebeu de B. uma nova carta a comunicar-lhe a resolução, com justa causa e efeitos imediatos, do alegado “Contrato de Agência”. Nessa data recebeu de B. uma outra carta a propor-lhe a integração nos quadros da empresa no dia seguinte àquele em que recebesse a carta de resolução do “contrato de agência”, com condições que A. entendeu como violadoras do seu direito à antiguidade, à irredutibilidade da retribuição e à manutenção da sua categoria profissional e estatuto inerente. A. continuou a apresentar-se ao serviço, até que no dia 30.04.2004 rescindiu o CdT que o vinculava à B., com alegada justa causa e efeitos imediatos.

O STJ veio considerar que os indícios da intervenção da B. se continham no âmbito da chamada *autonomia mitigada*, já que o agente (A.) estaria contratualmente obrigado “a respeitar um conjunto mais ou menos vasto de condições relativas aos contratos que se obrigou a celebrar por conta do principal, integrados no âmbito e objetivos da estratégia comercial da sua empresa”, concluindo assim que a relação jurídica em causa, vigente no período a que se reporta, não fora de trabalho subordinado.

VII. Conclusão

Tem-se entendido⁹² que o trabalhador autónomo economicamente dependente é a pessoa que executa pessoalmente, e sem recurso à contratação de assalariados, o trabalho que lhe foi encomendado. Além da infungibilidade da prestação, apontam-se outros critérios definidores da dependência económica do trabalhador independente, como sejam a duração da relação entre o trabalhador e o seu cliente (quanto mais longa for a relação maior é a probabilidade de haver dependência económica), ou a parte de rendimento de trabalho proveniente de um único cliente, ou até o fato de a organização produtiva estar completamente orientada para a satisfação das necessidades de um único cliente.

Muitas das vezes, nestes casos, o agente encontra-se na situação de “trabalhador autónomo economicamente dependente⁹³”, não podendo ser abrangido pelo direito do trabalho, fazendo parte da “zona cinzenta” entre o direito do trabalho e o direito comercial: embora formalmente seja um trabalhador por conta própria, estará muitas das vezes, designadamente quando concorrem os critérios mencionados ou se encontra limitado por cláusulas de exclusividade, *economicamente dependente* de um só comitente quanto à origem dos seus rendimentos. Os casos mencionados ilustram a dificuldade de delimitação da figura, e obviam quanto a nós, o agente na descrita “zona cinzenta”.

Na nossa opinião, serão as situações de “trabalho autónomo economicamente dependente” em relação às quais existe verdadeiramente uma lacuna no ordenamento jurídico português, e que têm uma proximidade à LCA, justificando porquanto o recurso à analogia.

Apesar da diversificação das formas de prestação de trabalho, da existência de trabalhadores com uma (quase) total autonomia na realização do trabalho, ou de trabalhadores que ficam em casa e se conectam virtualmente, não deixa de ser digno de nota que esta figura dos finais do séc. XIX, início do séc. XX., provinda da preocupação de proteção

⁹² Op. cit. Parecer 2011/C 18/08.

⁹³ A questão do trabalho autónomo economicamente dependente já foi por diversas vezes explicitamente tratada ao nível da União Europeia. Vide Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «Novas tendências do trabalho independente: o caso específico do trabalho autónomo economicamente dependente» (parecer de iniciativa) 2011/C 18/08 e Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o tema «Abuso do estatuto de trabalhador por conta própria» (parecer de iniciativa) 2013/C 161/03.

do agente “*self employed*”, não assalariado, tenha ainda hoje, em pleno séc. XXI, uma tão difícil aplicação no âmbito das relações *juslaborais* em Portugal⁹⁴.

Ora, atendendo ao cariz da diretiva e do instituto da IC, parece-nos de questionável equilíbrio atribuí-la por via de aplicação analógica do regime a entidades organizativas jurídica e economicamente independentes, que assumem o risco da sua própria atividade (na concessão), e negá-la a relações de trabalho estáveis, retribuídas, em que se verifica a dependência económica em relação ao comitente, atendendo à independência jurídica do prestador. Tanto mais que “Um legislador sensível à coerência e razoabilidade das linhas-mestras da sua própria política legislativa deveria – estamos em crer – reconhecer, de uma vez por todas, que a situação dos “unimandatários”, ligados por um nó cego à empresa do principal, é estruturalmente diversa daquela em que se encontram todos quantos atuam por conta de várias empresas”⁹⁵, como acontece no caso da concessão comercial.

Atrevemo-nos por isso a sugerir que, consagrando a LCA um direito de proteção social de uma classe de trabalhadores economicamente dependentes, poderia servir de referência – analógica ou inspiracional – para a atribuição da IC a outras relações *juslaborais* não abrangidas pelo Direito do Trabalho, no termo do vínculo jurídico onde repousa a sua sobrevivência económica, considerando a situação de falta ou diminuição de meios de subsistência destes trabalhadores e atenta a inadequação das atuais presunções de laboralidade às novas realidades de trabalho.

⁹⁴ Vide ponto 4.2.4 do Parecer 2011/C 18/08. Acerca da proteção prevista para este tipo de trabalhadores noutros países europeus: “No Reino Unido, os *workers* beneficiam de proteção em matéria de salário mínimo, de duração do trabalho e de licenças. Em Espanha, o Estatuto de 2007 reconhece ao trabalhador economicamente dependente, direitos inerentes ao exercício da sua atividade profissional: direito ao descanso, direito a férias; direitos relativos à resolução do contrato que o liga ao comitente: de modo exemplar, *a exigência imposta ao cliente de não poder rescindir o contrato, salvo motivo justificado. Na ausência de motivo justificado, a denúncia do contrato obriga o cliente a indemnizar o trabalhador.*”

⁹⁵ PARDOLESI, Roberto (1979), op. cit., pp. 150-151.

364L0224

4. 4. 64

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

869/64

DIRECTIVA DO CONSELHO

de 25 de Fevereiro de 1964

relativa à realização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em relação às actividades de intermediários do comércio, da indústria e do artesanato

(64/224/CEE)

O CONSELHO DA COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e, nomeadamente, os n.ºs 2 e 3 do seu artigo 54.º e os n.ºs 2 e 3 do seu artigo 63.º,

Tendo em conta o Programa Geral para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento ⁽¹⁾ e, nomeadamente, o seu Título IV A,

Tendo em conta o Programa Geral para a Supressão das Restrições à Livre Prestação de Serviços ⁽²⁾ e, nomeadamente, o seu Título V C,

Tendo em conta a proposta da Comissão,

Tendo em conta o parecer do Parlamento Europeu ⁽³⁾,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social ⁽⁴⁾,

Considerando que os programas gerais prevêem a supressão, antes do termo do segundo ano da segunda fase, de qualquer tratamento discriminatório em razão da nacionalidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, em relação às actividades dos intermediários do comércio, da indústria e do artesanato;

Considerando que não estão abrangidas pela presente directiva algumas actividades de intermediários, seja porque elas pertencem a ramos de actividades em relação aos quais serão adoptadas directivas especiais, seja porque, de acordo com os programas gerais, devem ser liberalizadas em data posterior;

Considerando que a presente directiva também não se aplica às actividades dos intermediários no domínio do comércio por grosso na indústria e no artesanato de produtos tóxicos e de agentes patogénicos; que se verificou que nestas actividades se apresentam problemas especiais respeitantes à protecção da saúde pública, tendo em conta as disposições legislativas, regulamentares e administrativas em vigor nos Estados-membros;

Considerando que, nos termos disposições do Programa Geral para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento, devem ser eliminadas as restrições respeitantes à faculdade de se filiar em organizações profissionais, na medida em que as actividades profissionais do interessado impliquem necessariamente o exercício desta faculdade;

Considerando que o regime aplicável aos trabalhadores assalariados que acompanham o prestador de serviços ou que agem por conta deste é regulado pelas disposições adoptadas em aplicação dos artigos 48.º e 49.º do Tratado;

Considerando, todavia, que, no que diz respeito às restrições à livre prestação de serviços, é conveniente prever no âmbito da presente directiva a sua supressão para os intermediários assalariados ao serviço de uma ou de várias empresas comerciais, industriais ou artesanais; que, efectivamente, nem sempre é fácil distinguir a actividade dos intermediários assalariados da actividade dos representantes não assalariados, visto que a delimitação jurídica entre as duas não é idêntica nos seis países; que a actividade dos intermediários assalariados tem o mesmo alcance económico que a dos representantes independentes e que seria muito incómodo e desprovido de interesse prático cindir a liberalização desta forma muito especial de prestação de serviços em múltiplas liberações parciais à medida da liberalização das actividades exercidas pela entidade patronal;

Considerando, por outro lado, que serão adoptadas directivas especiais, aplicáveis a todas as actividades não assalariadas, relativas à entrada e à permanência dos beneficiários, bem como, na medida em que tal for necessário, directivas de coordenação das garantias exigidas pelos Estados-membros às sociedades para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros;

Considerando que, para a aplicação das disposições relativas do direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços, a equiparação das sociedades às pessoas singulares que sejam nacionais dos Estados-membros está apenas subordinada às condições previstas no artigo 58.º e, se for caso disso, a uma ligação efectiva e contínua com a economia de um Estado-membro, e que, por conseguinte, nenhuma condição suplementar, nomeadamente nenhuma autorização especial que não seja exigida às sociedades nacionais para o exercício de uma actividade económica, lhes pode ser exigida para que

⁽¹⁾ JO n.º 2 de 15. 1. 1962, p. 36/62.

⁽²⁾ JO n.º 2 de 15. 1. 1962, p. 32/62.

⁽³⁾ JO n.º 33 de 4. 3. 1963, p. 468/63.

⁽⁴⁾ JO n.º 56 de 4. 4. 1964, p. 876/64.

elas possam beneficiar destas disposições; que, contudo, esta equiparação não prejudica a faculdade de os Estados-membros exigirem que as sociedades de capitais se apresentem no seu país sob a denominação adoptada pela legislação do Estado-membro em conformidade com a qual se tenham constituído e indiquem, nos documentos comerciais que utilizem no Estado-membro de acolhimento, o montante do capital subscrito;

Considerando, para além disso, que, em alguns Estados-membros, a actividade dos intermediários no comércio, na indústria e no artesanato é regulamentada por disposições relativas ao acesso à profissão e que outros Estados-membros virão a adoptar, se for caso disso, regulamentações deste género; que, por este motivo, algumas medidas transitórias destinadas a facilitar aos nacionais dos outros Estados-membros o acesso à profissão e o seu exercício, serão objecto de uma directiva especial,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

Artigo 1º

Os Estados-membros suprimirão em favor das pessoas singulares e das sociedades mencionadas no Título I dos Programas Gerais para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento e à Livre Prestação de Serviços, a seguir denominadas «beneficiários», as restrições referidas no Título III dos mesmos programas, no que diz respeito ao acesso às actividades mencionadas nos artigos 2º e 3º e ao seu exercício.

Artigo 2º

As disposições da presente directiva aplicam-se:

1. Às actividades não assalariadas seguintes:

- Actividades profissionais do intermediário incumbido, por força de um ou de vários mandatos, de preparar ou de concluir operações comerciais em nome e por conta de outrem;
- Actividades profissionais do intermediário que, sem de tal estar incumbido de modo permanente, põe em contacto pessoas que desejam contratar directamente, prepara as suas operações comerciais ou ajuda à sua conclusão;
- Actividades profissionais do intermediário que conclui em nome próprio operações comerciais por conta de outrem;
- Actividades profissionais do intermediário que efectua, em leilões, vendas por grosso, por conta de outrem.

2. Às actividades de prestações de serviços efectuadas a título profissional por um intermediário assalariado de uma ou de várias empresas comerciais, industriais, ou artesanais. Este intermediário assalariado, bem como as empresas que o contratam, devem residir ou estar estabelecidos num Estado-membro que não seja o do lugar onde os serviços são prestados.

A actividade dos intermediários que andam de porta em porta solicitar encomendas considera-se incluída nas referidas no ponto 1.

Artigo 3º

As restrições respeitantes às actividades enumeradas no artigo 2º são suprimidas independentemente da denominação atribuída às pessoas que exercem tais actividades.

Actualmente, as denominações usuais utilizadas nos Estados-membros são as seguintes:

	Para os não-assalariados	Para os assalariados
<i>Na Bélgica</i>	Agent commercial Représentant autonome Courtier Commissionnaire Organisateur de ventes aux enchères en gros Handelsagent Handelsvertegenwoordiger Makelaar Commissionair Veilinghouder-groothandel	Commis-voyageur Voyageur de commerce Représentant de commerce Handelsreiziger Handelsvertegenwoordiger
<i>Na República Federal da Alemanha</i>	Handelsvertreter Handelsmakler Kommissionär Großhandelsversteigerer	Handlungsgehilfe (Handelsreisender)
<i>Em França</i>	Agent commercial (ou représentant mandataire) Courtier libre Courtier inscrit et assermenté Commissionnaire	Représentant de commerce Voyageur de commerce (ou commis-voyageur) Placier

	Para os não-assalariados	Para os assalariados
<i>Na Itália</i>	Agente di commercio Rappresentante Mediatore Commissionario Astatore	Agente Viaggiatore di commercio Piazzista
<i>No Luxemburgo</i>	Représentant de commerce autonome Courtier Commissionnaire	Commis-voyageur Représentant de commerce
<i>Nos Países Baixos</i>	Handelsagent Makelaar in roerende goederen Commissionair Veilinghouder-groothandel	Handelsreiziger

Artigo 4º

1. São excluídas do âmbito de aplicação da presente directiva em todos os Estados-membros as actividades de intermediário nos seguintes domínios:

- seguros de qualquer natureza (nomeadamente dos agentes, corretores e peritos de seguros);
- bancos e outras instituições financeiras (nomeadamente de corretores de câmbio, corretores em valores mobiliários, corretores em empréstimos hipotecários e outros);
- negócios imobiliários (nomeadamente dos agentes e mediadores imobiliários);
- transportes (nomeadamente dos agentes de navegação marítima, *courtiers interprètes* e pilotos de navios, dos agentes de transportes, dos despachantes e das agências de viagens);
- produtos tóxicos e agentes patogénicos;
- medicamentos de produtos farmacêuticos;
- carvão.

2. São excluídas da aplicação da presente directiva, no que diz respeito ao Estado-membro interessado, as actividades que participam neste Estado, no exercício da autoridade pública. Tais actividades são as seguintes:

Em França: venda, em leilão, de mercadorias e de outros bens móveis pelos *officiers publics* ou *officiers ministériels*;

Em Itália: venda, em leilão, de mercadorias pelos *pubblici mediatori*;

Na República Federal da Alemanha, na Bélgica, no Luxemburgo e nos Países Baixos: participação do oficial de justiça e do notário dos leilões;

No Luxemburgo: actividade de comissionista (*commissioinaire*) em matéria de gado para abate.

Artigo 5º

1. Os Estados-membros suprimirão as restrições que, designadamente:

- a) Impeçam os beneficiários de se estabelecerem nos países de acolhimento, ou de nele prestarem serviços, nas mesmas condições e com os mesmos direitos que os nacionais;
- b) Resultem de uma prática administrativa que tenha por efeito a aplicação aos beneficiários de um tratamento discriminatório em relação àquele que é aplicado aos nacionais.

2. Entre as restrições a suprimir devem incluir-se, em especial, as que decorrem de disposições que proibem ou limitam o estabelecimento ou a prestação de serviços pelos beneficiários, do seguinte modo:

a) Na República Federal da Alemanha:

- pela obrigação de ser portador de uma carteira profissional de caixeiro-viajante (*Reisegewerbekarte*) para poder fazer prospecção junto de terceiros no âmbito da actividade comercial destes últimos (*Gewerbeordnung* § 55 d, texto de 5 de Fevereiro de 1960; *Verordnung* de 30 de Novembro de 1960);
- pela instituição de um exame das necessidades económicas (*Bedürfnisprüfung*) aquando da emissão da carteira profissional de viajante que permita a prospecção junto de particulares a fim de solicitar encomendas, bem como pela restrição do âmbito de validade da referida carteira (*Gewerbeordnung* § 55 d, texto de 5 de Fevereiro de 1960; *Bundesgesetzblatt* I, p. 61, rectificativo p. 92; Regulamento de 30 de Novembro de 1960.

- pela necessidade de uma autorização para as pessoas colectivas estrangeiras que desejam exercer uma actividade profissional no território federal (§ 12 Gewerbeordnung e § 292 Aktiengesetz).

b) Na Bélgica:

pela obrigação de ser portador de uma carteira profissional (*carte professionnelle*) (*Arrêté Royal* n.º 62 de 16 de Novembro de 1939, *Arrêté Ministériel* de 17 de Dezembro de 1945 e *Arrêté Ministériel* de 11 de Março de 1954).

c) Em França:

- pela obrigação de ser portador de um cartão de identificação de comerciante estrangeiro (*Décret-Loi* de 12 de Novembro de 1938, *Décret* de 2 de Fevereiro de 1939, Lei de 8 de Outubro de 1940, Lei de 10 de Abril de 1954, *Décret* n.º 59-852 de 9 de Julho de 1959);

- pelo requisito de possuir a nacionalidade francesa para poder exercer a profissão de «*mandataire et approvisionneur aux Halles de Paris*» (*Décret* de 30 de Setembro de 1953, *Décret* de 2 de Dezembro de 1960, artigo 9.º).

d) Em Itália:

- pela obrigação de ser portador de uma licença concedida pelo «questore» aos «*agenti, rappresentanti, commessi viaggiatori e piazzisti*» (artigo 127.º, texto único das Leis de Segurança Pública, aprovado pelo *Regio Decreto* n.º 773 de 18 de Junho de 1931, e artigo 243.º do Regulamento de execução do texto único aprovado pelo (*Regio Decreto* n.º 635, 6 de Maio de 1940).

- pela condição de possuir a nacionalidade italiana para poder inscrever-se no «*Ruolo dei Mediatori*» (Lei n.º 352 de 21 de Março de 1959).

e) No Luxemburgo:

pela limitação do período de validade das autorizações emitidas a favor de estrangeiros, previstas no artigo 21.º da Lei luxemburguesa de 2 de Junho de 1962 (*Memorial A* n.º 31, de 19 de Junho de 1962).

Artigo 6.º

1. Os Estados-membros velarão por que os beneficiários da presente directiva tenham o direito de se filiar em organizações profissionais nas mesmas condições e com os mesmos direitos e obrigações que os nacionais.

2. O direito de filiação implica, em caso de estabelecimento, a elegibilidade ou o direito de ser nomeado para os cargos de direcção da organização profissional. Contudo, estes cargos de direcção podem ser reservados aos nacionais quando a organização em causa participa, por força de uma disposição legislativa ou regulamentar, no exercício da autoridade pública.

3. No Grão-Ducado de Luxemburgo, a qualidade de filiado na *Chambre de commerce* ou *Chambre des employés privés* não implica, para os beneficiários da presente directiva, o direito de participar na eleição dos órgãos de gestão.

Artigo 7.º

Os Estados-membros não concederão aos seus nacionais, que se dirijam para outro Estado-membro a fim de nele exercer uma das actividades definidas no artigo 2.º, qualquer auxílio que seja de natureza a falsear as condições de estabelecimento.

Artigo 8.º

1. Sempre que um Estado-membro de acolhimento exigir dos seus nacionais, para o acesso a uma das actividades referidas no artigo 2.º, uma prova de honorabilidade e a prova de que não foram anteriormente declarados em falência, ou apenas uma destas duas provas, este Estado aceitará como prova suficiente, relativamente aos nacionais dos outros Estados-membros, a apresentação de um certificado do registo criminal, ou, na falta deste, de um documento equivalente, emitido por uma autoridade judicial ou administrativa competente do país de origem ou de proveniência, do qual se possa concluir que estes requisitos estão preenchidos.

Todavia, relativamente aos intermediários que vão de porta em porta para solicitar encomendas, podem igualmente tomar-se em consideração outros factos para além dos mencionados no documento referido no parágrafo anterior desde que sejam oficialmente certificados e demonstrem que o interessado não preenche todos os requisitos de honorabilidade necessários para exercer esta actividade. Contudo, esta verificação não deve ser efectuada com carácter sistemático.

2. Se não for emitido pelo país de origem ou de proveniência documento comprovativo da não existência de falência, tal documento pode ser substituído por uma declaração sob juramento, feita perante uma autoridade judicial ou administrativa, um notário ou um organismo profissional qualificado do país de origem ou de proveniência.

3. Os documentos emitidos nos termos dos n.ºs 1 e 2 não devem, aquando da sua apresentação, ter sido passados há mais de três meses.

4. Os Estados-membros designarão no prazo previsto no artigo 10.º as autoridades e organismos competentes para a emissão dos documentos acima referidos e desse facto informarão imediatamente os outros Estados-membros e a Comissão.

Artigo 9.º

Os Estados-membros nos quais o acesso à profissão está subordinado à prestação de um juramento garantirão que, na

sua fórmula actual, este juramento posa ser feito pelos cidadãos estrangeiros. No caso contrário, aceitarão uma fórmula adequada que tenha um valor idêntico.

Artigo 10º

Os Estados-membros porão em vigor as medidas necessárias para darem cumprimento à presente directiva no prazo de

seis meses a contar da sua notificação. Desse facto informarão imediatamente a Comissão.

Artigo 11º

Os Estados-membros são destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas em 25 de Fevereiro de 1964.

Pelo Conselho
O Presidente
H. FAYAT

II

(Preparatory Acts)

COMMISSION

**Proposal for a Council Directive to coordinate the laws of the Member States relating to
(self-employed) commercial agents***(Submitted by the Commission to the Council on 17 December 1976)*

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Articles 57 (2) and 100 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Parliament,

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee,

Whereas the restrictions on freedom of establishment and freedom to provide services in respect of activities of intermediaries in commerce, industry and small craft industries were abolished by Council Directive 64/224/EEC of 25 February 1964 ⁽¹⁾;

Whereas the differences in national laws concerning commercial representation substantially affect the conditions of competition and the carrying on of that activity within the Community and can be detrimental both to the protection available to commercial agents *vis-à-vis* their principals and to the security of commercial transactions; whereas moreover those differences are such as to inhibit substantially the conclusion and operation of commercial representation contracts where principal and commercial agents are established in different Member States;

Whereas trade in goods between Member States should be carried on under conditions which are

similar to those of a single market, and this necessitates approximation of the legal systems of the Member States to the extent required for the proper functioning of the common market; whereas in this regard the rules concerning conflict of laws do not, in the matter of commercial representation, remove the inconsistencies referred to above, nor would they even if they were made uniform, and accordingly the proposed harmonization is necessary notwithstanding the existence of those rules;

Whereas in this matter the legal relationship between commercial agent and principal must be given priority of treatment;

Whereas in many cases commercial agents are as a rule, though in differing degrees, economically in a weak position *vis-à-vis* their principals, and it is accordingly appropriate that in harmonizing and improving the minimum rules in the laws of the Member States relating to commercial agents there be alignment upon the principles set out in Article 117 of the EEC Treaty,

HAS ADOPTED THIS DIRECTIVE:

CHAPTER I

Scope of Application

Article 1

1. The harmonization measures prescribed by this Directive apply to the laws, regulations and

⁽¹⁾ OJ No 56, 4. 4. 1964, p. 869/64.

administrative provisions of the Member States governing the relations between self-employed commercial agents and their principals.

2. National laws and trade usages which are not inconsistent with the provisions of this Directive shall continue to apply to the relations referred to in paragraph 1.

Article 2

For the purposes of this Directive the expression 'commercial agent' means a self-employed intermediary who has continuing authority for a fixed or indeterminate period to negotiate and/or to conclude an unlimited number of commercial transactions in the name and for account of another person (who is hereinafter called 'the principal').

Article 3

This Directive does not apply:

- to intermediaries who are wage or salary earning employees within the meaning of Directive 64/224/EEC of 25 February 1964,
- to intermediaries who act in their own name,
- to intermediaries appointed to negotiate or to conclude in the name of the principal a specified transaction or a number of specified transactions only,
- to intermediaries who carry on their activities in the insurance or credit fields.

Article 4

The Member States are at liberty:

1. not to apply Articles 15 (4), last sentence, 19, 26 (2), 30 and 31 to persons who act as commercial agents but by way of secondary activity only; the question whether the activity is carried on in that way being determined in accordance with commercial usage in the State whose law governs the relations between principal and agent;
2. to apply some or all of the provisions of this Directive, as the case requires, to persons who carry on other trades or professions and who, although they work for their own account and/or in their own name, can under the national law be assimilated to commercial agents.

CHAPTER II

Rights and duties of the parties

Article 5

1. The commercial agent shall in carrying out his activities act fairly and in good faith *vis-à-vis* his principal and third parties. He shall perform his duties with the care which a sound businessman would exercise.

2. Without prejudice to and in pursuance of the general duty specified in paragraph 1 the commercial agent shall:

- (a) at all times supply to the principal the information he needs in order to conduct the business satisfactorily, especially as regards the solvency of third parties in current commercial transactions of which the agent is aware;
- (b) keep separately from his own moneys all sums received for the principal and pay them over to him without delay;
- (c) keep proper accounts relating to the accounts receivable and assets of his principal;
- (d) look after such property as is given into his possession with the care which a sound businessman would exercise;
- (e) comply with all instructions given to him by the principal for attaining the object of the agency, provided they do not basically affect the agents' independence. The agent may arrange his activities and use his time as he thinks fit.

3. Unless otherwise agreed the commercial agent may employ the services of commercial agents and commercial travellers.

Article 6

The commercial agent shall not, even after the contract has come to an end, divulge to third parties or turn to account any commercial or industrial secrets which were disclosed to him or of which he became aware because of his relationship with the principal, unless he proves that his doing so is consistent with the principles of a sound businessman.

Article 7

1. The commercial agent may carry on business for his own account or for account of a third party provided that business is in goods or services which

do not compete with those for which he was appointed to represent the principal. In particular he may undertake to act as commercial agent for another principal or work for an employer as a salaried or wage-earning representative.

2. The commercial agent shall obtain the consent of his principal for the carrying on of any activity for his own account or for account of a third party if that activity involves goods or services which compete with those for which he has been appointed to represent the principal.

3. The parties may derogate from the provisions of paragraphs 1 and 2 and, in particular, agree that the commercial agent shall not carry on other activities for account of another principal, for his own account or as an employee.

Article 8

1. Where the commercial agent has had to meet a claim for breach of industrial, commercial or intellectual property rights over goods or services forming the subject-matter of his agency he may claim damages from his principal if the breach was caused by the principal.

2. The provisions of paragraph 1 shall apply *mutatis mutandis* in the event of breach of the rules of fair competition.

Article 9

1. The commercial agent shall have authority to negotiate commercial transactions for account of the principal. He shall have authority to conclude agreements in respect thereof only where the principal empowers him to do so.

2. The agent shall be presumed to have authority:

- to receive complaints from third parties where goods or services supplied are defective, and, where goods are not accepted, notices that they are available for collection,
- to protect the principal's rights to have the means of proof preserved.

3. Limitations of the agent's authority shall be ineffective as against third parties unless they were aware or ought to have been aware thereof.

Article 10

1. The principal shall in his relations with the commercial agent act fairly and in good faith. He

shall make available to the commercial agent all the assistance he needs, having regard to the circumstances, for the performance of his part of the contract.

2. Without prejudice to the general duty specified in paragraph 1, the principal shall make available to the agent in suitable quantity such materials, information and documents as are necessary for the performance of his activities. He shall in particular:

- (a) supply the agent with samples, designs, price lists, printed advertising material, conditions of contract and other documents relating to the goods and services for which he has been appointed agent;
- (b) provide the commercial agent with all information which is requisite for the performance of the contract, particularly as regards current and prospective production, and inform the agent without delay when the principal foresees that the volume of commercial transactions that the principal will be able to execute will be considerably lower than the commercial agent could normally expect.
- (c) inform the commercial agent without delay of the acceptance, refusal or, in appropriate cases, the partial performance of a commercial transaction.

CHAPTER III

Remuneration and reimbursement of expenses

Article 11

1. The principal shall remunerate the commercial agent by paying him commission or a fixed sum or both. Any variable item of remuneration which is calculated by reference to turnover shall be deemed to be commission.

2. The amount of commission shall be agreed between the parties. In the absence of agreement the agent shall be entitled to the commission that is customarily allowed to agents appointed for the goods or services which form the subject-matter of his agency in the place where he carries on his activities. If there is no custom as to the commission the agent shall be entitled to a fair commission.

3. Agency contracts which exclude the agent's right to be remunerated shall be void.

Article 12

1. The commercial agent shall be entitled to commission on commercial transactions entered into during the currency of the contract:

- (a) where the transaction is procured by the commercial agent; or
- (b) where the transaction is entered into with a third party with whom the agent has previously negotiated or agreed a transaction falling within the terms of his agency; or
- (c) where the commercial agent is appointed to cover a specific geographical area or a specific group of people and the transaction is entered into in that geographical area or with a person belonging to that group, notwithstanding that the transaction was negotiated or agreed otherwise than by the commercial agent.

2. The commercial agent shall not be entitled to the commission referred to in paragraph 1 if by virtue of Article 13 that commission is payable to another agent.

Article 13

The commercial agent shall be entitled to commission on commercial transactions entered into after the contract has come to an end:

- (a) where the transaction was negotiated by him; or
- (b) where, the preparatory work having been done by him, the transaction was entered into mainly as a result of his efforts during the currency of the contract; in these cases, however, he shall be entitled to commission only if the transaction was entered into within a reasonable period after the contract came to an end, a 'reasonable period' being one which is proportionate to the type of transaction in question and to the volume thereof.

Article 14

Where the commercial agent is under duty to the principal to collect payment of moneys, the commercial agent shall be entitled to a special commission therefor.

Article 15

1. The right to commission arises at the moment when the principal and the third party enter into the commercial transaction.

2. The commission shall be payable upon the happening of either of the two following events:

- (a) as soon as and to the extent that the principal has performed his part of the transaction, even if he fails to carry out his obligations fully in the manner agreed or satisfies some of them only partially; or
- (b) as soon as and to the extent that the third party has performed his part of the transaction.

3. If the principal or the third party fails to perform his part of the transaction in full the amount of commission due shall be calculated by reference to the value of that part performed whose value is the higher.

4. The parties may agree that so long as the third party has not performed his obligations the commission shall be payable at a later time than that provided for in subparagraph (a) of paragraph 2 above. The commission shall, however, be payable in all cases not later than the last day of the third month following the month during which the principal completed the performance of his part of the contract. Where the parties agree as aforesaid the agent shall be entitled to receive a payment on account, of suitable amount, not later than the last day of the month following the month during which the principal completed the performance of his part of the contract.

5. The principal shall each month supply the commercial agent with a statement of the amount of commission earned and the amount of commission payable. The statement shall set out the essential data used in calculating the amounts of commission. The statement shall be prepared promptly and in any event not later than the last day of the month following that in which the commission in question was earned. The parties may agree that this period shall be extended to three months.

Article 16

1. The right to commission shall be extinguished:

- (a) where the commercial agent has not fulfilled his obligations under Article 5 (2) (a), the principal having entered into the commercial transaction without being aware of the third party's insolvency and it being established that the third party has not or will not perform his part of the transaction; or
- (b) if and to the extent that it has become impossible to perform the transaction, this being in no way attributable to the principal; or
- (c) if performance of the transaction cannot reasonably be required of the principal, particularly where there exist in relation to the third party serious grounds for non-performance.

2. Any commission which the commercial agent has already received for these commercial transactions shall be refunded.

Article 17

Unless otherwise agreed commission shall be calculated on the gross amount of the invoice without deduction of cash discounts, fidelity rebates or reductions allowed unilaterally by the principal after entry into the commercial transaction, and without deduction of incidental expenses such as costs of transport, packaging, insurance, taxes and customs charges, unless these incidental expenses are invoiced separately to the customer.

Article 18

1. The commercial agent shall be entitled to be supplied with all necessary extracts from the copies of the principal's books of account, together with explanations thereof, to enable him to check the amounts of commission to which he is entitled. Article 6 shall apply *mutatis mutandis*.

2. If there exist proper grounds for thinking that the items referred to in paragraph 1 which the principal has supplied are incorrect or incomplete, or if the principal refuses to supply them, the agent shall be entitled to require that either the agent himself or some person designated by the agent (being a person qualified for that purpose in accordance with the requirements of the national law applicable in the State where the books of account are kept), at the option of the principal, be given access to the books of account and the accounting documents for the purpose of examining them. This right may be exercised to the extent necessary for checking the correctness or completeness of the commission statement or of the said items.

Article 19

1. The agent shall be entitled to remuneration if he has already fulfilled his obligations under the agency contract or if he has already taken steps to meet those obligations, even though the principal has made no use of his services or has used them to a considerably lesser extent than the agent could normally have expected, unless the principal's conduct is due to circumstances beyond his control.

2. Usually, in calculating the remuneration referred to in paragraph 1, account shall be taken of all the circumstances, the basis being the average monthly remuneration of the commercial agent during the 12 months before the circumstances described in paragraph 1 arose. If the contract was concluded less than 12 months previously the remuneration shall be calculated on the basis of the average monthly remuneration paid during the currency of the contract.

3. In applying paragraph 2 the following shall be taken into account:

- (a) the expenses incurred by the commercial agent for the purpose of setting up the agency and preparing to commence business;
- (b) the amounts which the commercial agent has saved on expenses, the amounts which he has earned in carrying on some other activity and those which he has deliberately not earned because he has declined some activity which was nevertheless suitable.

Article 20

1. The commercial agent shall not be entitled to reimbursement of expenses incurred in the usual course of his activities unless the parties have agreed otherwise or there is a custom to the contrary.

2. Where, however, the agent incurs expenses in connection with special activities undertaken on the instructions or with the consent of the principal, he shall be entitled to be reimbursed.

CHAPTER IV

*Del credere**Article 21*

1. Every agreement whereby the commercial agent guarantees in favour of his principal that a third party will pay the price of goods or services forming the subject-matter of commercial transactions which the agent has negotiated or agreed, shall be evidenced in writing or by cable, telex or telegram. This type of agreement is hereinafter referred to as a *del credere* agreement.

- 2. (a) A *del credere* agreement covering transactions which were not negotiated or agreed by the commercial agent shall be void.
- (b) A *del credere* agreement shall be concluded in relation only to a particular commercial transaction or in relation to a series of such transactions with particular third parties who are specified in the agreement.
- (c) Any *del credere* agreement which amounts to an unlimited guarantee on the part of the commercial agent for transactions falling within the first sentence of paragraph 1 shall be void.

3. The commercial agent shall be entitled to be paid a separate commission, of reasonable amount,

for transactions entered into to which his *del credere* guarantee applies.

4. The parties may derogate from the provisions of paragraphs 1 to 3 as regards transactions:

- (a) in which the place of business of the principal or of the third party is outside the territory of the Community or, if the principal or third party has no place of business, then his place of habitual residence is outside that territory; or
- (b) which the agent has been given full power to agree and to carry out.

CHAPTER V

Bankruptcy or winding-up of the principal, execution and assignment

Article 22

1. Natural persons whose income is mainly derived from a commercial agency shall as regards sums owing to them for remuneration and reimbursement of expenses be treated as employees of the principal where bankruptcy or winding-up proceedings have been opened in respect of the principal or an arrangement, composition or other procedure is in progress with the principal's creditors.

2. The natural persons to whom paragraph 1 applies shall in relation to sums owing to them by the principal on account of remuneration and reimbursement of expenses enjoy those rights to which employees are entitled as regards the amount of income for which execution cannot issue where third parties obtain an order for execution against the principal.

3. The provisions of national law relating to employees shall apply *mutatis mutandis* to the natural persons referred to in paragraph 1 as regards assignment of sums owing to them by the principal for remuneration and reimbursement of expenses.

4. The Member States may fix maximum figures of income for purposes of the application of paragraph 1.

CHAPTER VI

Making of the contract and cessation of the contract

Article 23

Each party shall be entitled to receive from the other a signed written document setting out the terms of the contract and any terms subsequently agreed. Any purported waiver of this right shall be invalid.

Article 24

Article 23 shall apply *mutatis mutandis* where by mutual agreement the agency contract is terminated.

Article 25

Subject to Articles 27 and 28 a contract for a fixed or determinable period shall terminate upon the expiration of the period for which it was made. Unless otherwise agreed a contract for a fixed or determinable period which continues to be performed after that period has expired shall be deemed to be converted into a contract for an indeterminate period.

Article 26

1. Where the contract is concluded for an indeterminate period either party may terminate it by notice. Notice shall be given in writing. The period of notice shall be the same for both parties.

2. During the first year of the contract the notice shall be of not less than two months. After the first year the period of notice shall be increased by one month for each additional year which has begun. The Member States may prescribe a maximum period of notice which shall in no case be less than 12 months. Periods of notice shall coincide with the end of a calendar month.

Article 27

1. Either party may terminate the contract at any time:

- (a) where the other party has in relation to the contract committed a fault such that the party who terminates cannot be required to keep it in being until the end of the period of notice or until the end of its agreed period of duration; or
- (b) where some circumstance arises which makes it impossible to perform the contract, or which seriously prejudices its performance, or which substantially undermines the commercial basis of the contract, so that the party who terminates cannot be required to keep it in being until the end of the period of notice or until the end of its agreed period of duration.

2. Termination must be effected *vis-à-vis* the other party as soon as the fault becomes known or as soon as the events which justify termination have occurred. The party who terminates shall upon request of the other inform him in writing of the reasons therefor.

3. Where the contract is terminated under paragraph 1 (a) the party who is at fault shall be liable in damages to the other.

Article 28

1. Where one of the parties terminates the contract or declares that it is at an end, without in either case observing the proper period of notice provided for by the contract or by law, and neither of the grounds for termination set out in Article 27 applies, that party shall be liable in damages to the other.

2. In the cases referred to in paragraph 1 the commercial agent shall be entitled to claim a lump-sum indemnity in lieu of damages where the contract is terminated by the principal or declared by him to be at an end. The indemnity shall be calculated on the basis of the average remuneration paid to the agent during the period of 12 months preceding the declaration or termination. If the contract was concluded less than 12 months previously the indemnity shall be calculated on the basis of the average remuneration received during the currency of the contract up to the time when the relevant event took place. The indemnity shall be paid for the unexpired period of the contract but subject to a maximum period of two years.

Article 29

1. Upon cessation of the contract the commercial agent shall deliver up to the principal the materials and documents referred to in Article 10 (2) unless he has disposed of them in the normal course of business.

2. To secure the rights of the commercial agent as regards remuneration and reimbursement of expenses, he shall have a lien over such movables and other property of the principal as are in his possession pursuant to the contract, which lien shall continue after cessation of the contract.

Article 30

1. After cessation of the contract the commercial agent or his heirs shall be entitled to require payment by the principal of a goodwill indemnity:

- (a) where the agent has brought new customers to the principal or has appreciably increased the volume of business with the existing customers; and
- (b) where as a result thereof substantial benefits will continue to accrue to the principal; and
- (c) where, notwithstanding Article 13, the cessation of the contract results in his not receiving

remuneration for transactions negotiated or agreed, after the contract has come to an end, between the principal and the customers referred to in subparagraph (a) above.

2. The goodwill indemnity shall be reasonable in amount having regard to all the circumstances. It shall be equal to not less than one-tenth of the annual remuneration calculated on the basis of the average remuneration during the preceding five years, including transactions on which commission arises under Article 13, multiplied by the number of years for which the contract has been in existence. If the contract was concluded less than five years previously the indemnity shall be calculated on the average remuneration received during the period which has actually run.

3. The amount of the indemnity shall not exceed twice the average annual remuneration calculated in the manner provided in paragraph 2. Subject always to this maximum, either party may request that the amount of the indemnity be calculated otherwise than as provided in paragraph 2 where, having regard to all the circumstances, it would be equitable so to calculate it.

4. Where the agent terminates the contract by notice the period of which is consistent with the period of notice required by the contract or by law, he shall be entitled to an indemnity not exceeding the amount provided for in paragraph 2. If such termination is justified having regard to the principal's conduct, or for reasons which are particular to the agent, such that the agent cannot be required to continue his activities, the indemnity may be fixed at the maximum amount provided for in paragraph 3 if this is equitable.

5. The right to goodwill indemnity shall not by prior agreement be contracted out of or restricted. It may be exercised only during the period of three months following cessation of the contract.

6. The right to indemnity provided for in Article 28 shall not affect the right to goodwill indemnity.

Article 31

No claim to goodwill indemnity shall arise:

- (a) where the principal terminates or could have terminated the contract under Article 27 (1) (a);
- (b) where the principal maintains the contract on foot with the agent's successor who was introduced by the agent himself or by his heirs, the successor being from the legal point of view substituted entirely in the place of the agent;

- (c) where the agent terminates the contract without giving notice of the proper duration required by the contract or by law and without proper grounds under Article 27 (1).

Article 32

1. Any agreement restricting the business activities of the commercial agent following cessation of the contract shall be in writing, and in default thereof shall be void. This type of agreement is hereinafter referred to as an agreement restricting competition.

2. An agreement restricting competition shall apply only in relation to the geographical area or group of persons entrusted to the commercial agent and to the goods and services covered by his agency at the time when the contract came to an end.

3. An agreement restricting competition shall be valid for not more than two years after cessation of the contract.

4. Subject to the provisions of paragraph 5 the principal shall pay to the commercial agent a suitable indemnity so long as the agreement restricting competition is in force. The indemnity shall be calculated on the basis of the remuneration of the commercial agent and shall have regard to all the circumstances of the case.

5. (a) Where the principal terminates the contract under Article 27 (1) (a) the agreement restricting competition shall continue effective but the agent shall not be entitled to the indemnity.

(b) Where the commercial agent terminates the contract under Article 27 (1) (a) the agreement restricting competition shall apply unless terminated by him. Such termination shall be effected in writing.

(c) Where either party terminates the contract under Article 27 (1) (b) or thereunder declares it to be at an end, the other party may terminate the agreement restricting competition. Such termination shall be effected in writing.

6. Before the contract has come to an end the principal may terminate the agreement restricting competition and, if he does so, shall after the expiration of six months from the time when he gave notice of termination no longer be under obligation to pay the indemnity referred to in paragraph 4.

CHAPTER VII

General and final provisions

Article 33

1. Where the commercial agency is undertaken by a company or legal person whose most recent annual accounts show that it has a paid-up capital exceeding the equivalent of 100 000 European units of account, the parties may derogate from the provisions of Articles 15 (4), 19, 21, 26 (2) and 30.

2. The European unit of account (EUA) means the unit of account defined in Commission Decision 3289/75/ECSC of 15 December 1975 ⁽¹⁾.

Article 34

1. Claims which arise under the foregoing provisions shall be subject to a limitation period of four years. The limitation period shall begin to run from the end of the year during which the claim arose.

2. As regards claims which arise during the last 10 years of the contract for commission which has not been included in the statement referred to in Article 15 (5), or for reimbursement of expenses under Article 20, the limitation period shall begin to run from the end of the year during which the contract came to an end.

Article 35

1. Any stipulation whereby the parties derogate, to the detriment of the agent, from the provisions next hereinafter mentioned shall be void: Articles 5 (1), 8, 10 (1), 10 (2) (b) and (c), 11 (1) and (3), 12 (1), 13, 14, 15, 16 (1), 18, 19 (1) and (2), 20 (2), 21 (1) (2) and (3), 23, 26, 27, 28, 29 (2), 30, 32 and 34.

2. In addition to the cases of derogation permitted under Article 21 (4) and Article 33, the parties may derogate from the compulsory provisions specified in the foregoing paragraph in relation to those activities which the commercial agent carries on outside the Community.

Article 36

1. The Member States shall before 1 January 1980 adopt and publish the provisions which are necessary

⁽¹⁾ OJ No L 327, 19. 12. 1975, p. 4.

to comply with this Directive and shall inform the Commission thereof immediately. They shall apply those provisions from 1 July 1980.

2. From the time of notification of this Directive the Member States shall inform the Commission, in good time to enable it to communicate its observations, concerning the draft laws, regulations

and administrative provisions which they plan to adopt in the field governed by this Directive.

Article 37

This Directive is addressed to the Member States.

Opinion on the proposal for a Council Directive to coordinate the laws of the Member States relating to (self-employed) commercial agents

The text referred to the Committee has been published in *Official Journal of the European Communities* No C 13 of 18 January 1977, page 2.

A. LEGAL BASIS FOR THE OPINION

On 11 January 1977 the Council referred the abovementioned proposal to the Economic and Social Committee in accordance with Articles 57, 100 and 198 of the Treaty establishing the European Economic Community.

B. OPINION OF THE ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE

The Economic and Social Committee prepared its opinion on the above matter at its 153rd plenary session held in Brussels on 23 and 24 November 1977.

The full text of the opinion is as follows:

THE ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Articles 57, 100 and 198 thereof,

Having regard to the request for an opinion made by the Council of the European Communities on 11 January 1977,

Having regard to the decision taken by its Bureau on 25 January 1977 instructing the Section for Industry, Commerce, Crafts and Services to prepare a draft opinion and a report on the matter,

Having regard to the opinion issued by that Section at its meeting on 9 November 1977,

Having regard to the report submitted by the rapporteur, Mr Purpura,

Having regard to the discussions at its 153rd plenary session held on 23 and 24 November 1977 (meeting of 24 November),

Whereas the self-employed commercial agent's right to freedom of establishment and freedom to provide services needs to be effectively implemented;

Whereas harmonization of national laws on the commercial agency relationship would be beneficial;

Whereas self-employed commercial agents working in the various Member States of the Community need

more effective legal protection in the course of their agency work, such protection being based on principles of justice and equity,

HAS ADOPTED THE FOLLOWING OPINION

with 16 votes against and four abstentions:

The Committee approves the draft Directive, subject to the following general comments, specific comments and proposed amendments.

A. GENERAL COMMENTS

1.1. Harmonization of the law of commercial agents is a vital adjunct to the right of establishment. The right of establishment itself is governed by Council Directive 64/224/EEC of 25 February 1964, a Directive endorsed by the Committee in one of its opinions. Disparities between national laws in fact not only hamper the interpenetration of markets and stand in the way of free competition between industrial and commercial firms in different Member States (and frequently between firms in one and the same State). They also make it more difficult, in practice if not in law, for the commercial agent to establish himself or provide services in a country other than his own.

1.2. The Directive seeks to coordinate the legal rules governing the activities of commercial agents in most

Member States. But if one looks at the spirit and practical implications of the Directive, then 'coordination' is really tantamount to 'harmonization' because, once the provisions of the Community Directive have been incorporated into national law, they will result in a set of uniform rules regulating the activities and profession of the commercial agent.

1.3. Harmonization would appear to be not only useful but also necessary for the legal protection of the commercial agent. For although the latter is autonomous and carries out his activities independently, he can nevertheless find himself in a weak position (in economic or other respects) *vis-à-vis* the principal whether the principal's firm belongs to the industrial, commercial, or even small-business sector. To rectify this situation, it is necessary to draw up a set of legal rules whereby a balance can be struck *ab initio* between the interests of the two contracting parties.

1.4. In affording legal protection to the commercial agent in his dealings with the principal, a sensible, equitable balance must be maintained between the interests, obligations and reciprocal rights of the two parties on the basis of good faith and in the common interest. The agent, by virtue of his status as a self-employed person, cannot obtain the social security benefits enjoyed by salary or wage-earners, but he still needs legal protection in order to consolidate his independence, allow him to pursue his professional activities and provide him with a basic minimum of social security cover.

1.5. The Committee recognizes that in order to achieve concrete results through the harmonization of national legislation and to provide commercial agents in the EEC with a minimum level of uniform protection, mandatory rules should be drawn up. These should cover the substantive elements of the agency relationship and be applicable to both principal and agent. The Committee feels that although a number of fundamental aspects of the agency relationship must be regulated by a core of binding rules, agents and principals should be at liberty in respect of other, non-essential aspects, to regulate their relationship with each other as they see fit.

1.6. Finally, the Committee asks the Commission to push on faster with the preparation of a Directive on the conditions of employment of dependent workers (i.e. commercial travellers) as referred to in Article 3 of Directive 64/224/EEC. A large number of people belong to this category, and they require Community-level protection.

B. SPECIFIC COMMENTS

2.1. Taking these considerations as a starting point and keeping the aims of the Directive in mind, the Committee

will now examine the various provisions contained in the seven chapters of the proposal.

2.2. To further clarify the aims of the Directive, the Committee proposes that the penultimate recital be amended to read as follows:

'Whereas, in this matter, the legal relationship between commercial agent and principal must be given priority of treatment over that of the other classes of intermediaries listed in Article 3 of Directive 64/224/EEC.'

2.3. Scope of the proposed Directive

2.3.1. The definition of the commercial agent in Article 2 is of fundamental importance in delimiting the scope of the Directive. The Committee proposes, however, that the Article be remodelled as follows:

'For the purpose of this Directive, the expression "commercial agent" means a self-employed intermediary who has continuing authority for a fixed or indeterminate period, and in a specific region or area, to negotiate and/or conclude an unlimited number of commercial transactions in the name and for account of another person (hereinafter called "the principal").'

2.3.2. The Committee proposes that Article 3 (intermediaries falling outside the Directive) be amended as follows:

(a) the fourth indent to read:

'4. — to intermediaries who carry on their activities in the insurance field or on behalf of credit institutions.'

(b) the addition of a fifth indent as follows:

'5. — to intermediaries who work for firms engaged in mail-order or doorstep selling.'

2.3.3. The explanatory memorandum states that the Commission intends to submit a draft Directive coordinating the laws of the Member States on agents working in the field of insurance and on behalf of credit institutions. The Committee, pointing out that the Council has already adopted Directive 77/92/EEC of 13 December 1976 on the freedom of establishment and freedom to provide services of insurance agents, urges that studies be completed and that the new draft Directive be submitted as soon as possible.

2.3.4. Article 4 gives Member States the right not to apply certain legal provisions of the agency contract to persons who act as commercial agents 'by way of sec-

ondary activity only'. It also empowers Member States to apply the Directive to other persons who can 'be assimilated to commercial agents' (e.g. women who collect bulk orders for mail-order establishments or who organize collective sales in their own homes).

2.3.5. The Committee considers that Article 4 gives Member States too much latitude and this might make it difficult to define the scope of the Directive precisely. Article 4 should, therefore, be deleted. The proposed fifth indent to Article 3 reinforces the case for deletion. Mail-order agents account for the bulk of the category referred to in Article 4 (1).

2.3.6. The Committee thinks that a 'register' or 'list' or 'roll' should be drawn up to ensure certainty as to the law in respect of professional qualifications. Article 4 should, therefore, be replaced by the following:

'Member States shall determine, within the framework of the Directive, the requirements which the commercial agent must fulfil in order to perform his activities. Member States shall keep up-to-date registers or lists of agents, such registers or lists being lodged with an administrative or legal authority competent in the field. Registration shall be compulsory if the agent is to be able to carry on his professional activities.'

2.4. Rights and duties of the parties

2.4.1. Article 5 defines the duties of the commercial agent. The Committee proposes the following amendments and additions.

2.4.2. In Articles 5 (1) and 5 (2) (d) the expression 'sound businessman' should be replaced by the expression 'sound professional'. The change should be made in all languages except Italian where the term 'buon padre di famiglia' would be more suitable.

2.4.3. The following changes should be made to Article 5 (2):

- (a) A new subparagraph (a) should be inserted as follows:
 - '(a) take all necessary steps to further the success of the principal's commercial transactions';
- (b) In new subparagraph (b) (formerly subparagraph (a)) (information which the agent is obliged to pass on to the principal) the words 'at all times' should be deleted and replaced by the word 'promptly'.
- (c) In new subparagraph (d) (former subparagraph (c)) which obliges an agent to keep 'proper accounts relating to the accounts receivable and assets of his

principal', 'contabilità' in the Italian version (accountancy) should be replaced by the words 'tenere regolarmente i conti' (keep proper accounts).

- (d) The wording of new subparagraphs (c), (e) and (f) former (b), (d) and (e)) should remain unchanged.

2.4.4. The phrase 'for whose activities he shall be accountable to the principal in the event of breaches' should be added to Article 5 (3). This is only fair and in keeping with standard sub-agency practice.

2.4.5. Article 6 deals with trade secrecy. The Committee proposes deletion of the final clause, i.e. 'unless he proves that his doing so is consistent with the principles of a sound businessman'. This deletion makes clear and reinforces the obligation incumbent upon the agent.

2.4.6. Article 7 is concerned with the activities of the agent on own account. The Committee feels that it would be better to rule out the possibility of a commercial agent working simultaneously in a self-employed and employee capacity. This is to avoid the difficulties that might arise in such an event and to ensure compatibility with Article 2 which states that the Directive applies to self-employed commercial agents.

To this end the Committee proposes that:

- (a) the words 'or work for an employer as a salaried or wage-earning representative', at the end of paragraph 1, should be deleted;
- (b) the words 'or as an employee' at the end of paragraph 3 should be deleted.

2.4.7. The Committee agrees with the Commission's proposal on damages in the cases described in Article 8 but proposes that the following words be added to the end of paragraph 1: 'The agent must inform the principal of any legal proceedings taken against him.'

2.4.8. The Committee is satisfied with the wording of Article 10, which lays down the obligations of the principal. Nevertheless, it proposes that paragraph 2 be worded as follows:

'2. Without prejudice to the general duty specified in paragraph 1, the principal shall make available to the agent in suitable quantity such materials, information and documents as are relevant to his activities. He shall in particular:

- (a) supply the agent with samples, designs, price lists, printed advertising material, general conditions governing the sale, purchase and supply of

services, and all other documents relating to the goods and services for which he has been appointed agent;

- (b) provide the commercial agent with all information which is requisite for the performance of the contract particularly as regards the current and prospective production of goods handled by the agent, and inform the agent without delay when he foresees that the volume of commercial transactions that he will be able to execute will be considerably lower than the commercial agent could normally expect;

(c) (unchanged).'

2.5. Remuneration and reimbursement of expenses

2.5.1. Article 11 concerns the remuneration of the commercial agent. The Committee endorses the Commission's proposals, subject to one or two minor changes to paragraph 3, which should now read:

'Commercial agency contracts which exclude the agent's right to be remunerated in accordance with paragraph 1 above shall be void.'

2.5.2. In connection with Article 12 (commission during the currency of the contract), the Committee proposes that:

- paragraph 1 (b) should now read: '(b) where the transaction is entered into with a third party whom the agent had already procured for similar transactions',
- paragraph 1 (c) should read: 'where the commercial agent is appointed exclusively to cover a specific geographical area or a specific group of customers and the transaction is entered into ...',
- paragraph 2 should read:
'The commercial agent shall not be entitled to the commission referred to in paragraph (a) if the principal has reserved the right to directly handle certain transactions with specific customers or in specific sectors or (b) by virtue of Article 13 that commission is payable to another agent'.

2.5.3. With regard to Article 13 (entitlement to commission after expiry of the contract), the Committee proposes:

- (a) that the last part of Article 13 (b) be reworded:
'... a "reasonable period" being one which is proportionate to the type and volume of the transaction

in question and which, in default of an agreement between the principal and the agent, will be worked out on the basis of national and local commercial practice and in accordance with the principles of equity.';

- (b) that Article 13 should contain a second paragraph reading as follows:

'2. For the agent to be entitled to commission under the conditions laid down in the first paragraph, he must be engaged, at the request of the principal, in the full, normal execution of the transaction or transactions in hand at the moment the agency relationship is terminated.'

2.5.4. The Committee proposes that Article 15 (3) be amended to read as follows:

'3. If the principal and the third party fail to perform their part of the transaction in full ...'

2.5.5. With regard to Article 17 (calculation of commission), the Committee recommends that the commission should, unless otherwise agreed, be calculated on the net amount of the invoice.

2.5.6. Article 18 states that the commercial agent shall be entitled to be supplied with extracts from the copies of the principal's books of account — together with explanations thereof — to enable him to check the amounts of commission to which he is entitled.

2.5.7. In order to protect both the principal and the agent, the Committee proposes that Article 18 be reworded as follows:

'1. The commercial agent may ask the principal for information and explanations to enable him to check the correctness of the commission to which he is entitled.

2. If the agent has grounds for believing that the information on commission owing or paid to him is inaccurate or incomplete, he shall be entitled to examine the books of account and accounting documents. This right of access shall be accorded — at the discretion of the principal — either to the agent himself or to some person designated by the agent (being a person normally qualified for that purpose in accordance with the national law applicable in the State where the books of account and accounting documents are kept).

3. This right may be exercised solely to the extent necessary for checking the correctness or completeness of the statement of commission, and shall in no way affect the obligation on the person carrying out the examination not to divulge commercial or industrial secrets.'

2.5.8. Article 19 provides for payment of a guaranteed minimum level of commission where the principal has made no use of the agent's services or has used them to a lesser extent than expected.

2.5.9. Article 19 raises considerable problems of interpretation. For example, to award agents a right to commission in respect of transactions which have not been performed could give rise to malpractices and disputes. It is also difficult to calculate the exact expenses referred to in paragraph 3. Finally, use of the term 'remuneration' in paragraph 1 is debatable.

2.5.10. The Committee calls on the Commission to re-examine Article 19 in the light of these comments.

2.5.11. The Committee would like to see Article 20 (reimbursement of expenses) worded as follows:

'1. The commercial agent shall be entitled to reimbursement of expenses incurred in the usual course of his activities only where the parties have agreed that this shall be the case.

2. Where the agent incurs expenses in connection with special or unusual activities undertaken on the express instructions of the principal, he shall be entitled to be reimbursed.'

2.6. 'Del credere'

2.6.1. Article 21 contains a number of provisions governing *del credere* agreements, i.e. agreements under which the commercial agent guarantees his principal that a third party will pay for the goods or services which the agent has negotiated.

2.6.2. The Committee considers that only paragraphs 1 and 3 of Article 21 should be kept. Paragraphs 2 and 4 should be deleted.

2.7. Bankruptcy or winding-up of principal

2.7.1. Article 22 is designed to protect the commercial agent in cases where bankruptcy or winding up procedures have been opened in respect of the principal, or where there is an arrangement, composition or other similar procedure in progress with the principal's creditors. To this end it confers on commercial agents the same privileges as are enjoyed by employees in the matter of claims on the principal's assets. In relation to sums owing to the agent for remuneration and reimbursement of expenses, the Article limits the amount of income for which execution can issue where third parties obtain an order for execution against the principal.

2.7.2. The Committee does not approve Article 22 and requests that it be deleted.

2.8. Making and cessation of contract

2.8.1. Articles 23 and 24 entitle the commercial agent and the principal to receive from the other a signed document setting out the terms of the contract. Neither party may waive this right.

2.8.2. Whilst accepting Articles 24, the Committee proposes that Article 23 be reworded as follows:

'1. Commercial agency contracts shall normally be drawn up in writing.

2. Where this is not the case, each party shall be entitled to receive from the other a signed document setting out the terms of the contract and any terms subsequently agreed. Any purported waiver of this right shall be invalid.'

2.8.3. Article 26, deals with the period of notice required to terminate a contract. In view of standard practices in this area in the Member States, the Committee feels that Article 26 should read:

'1. (unchanged).

2. During the first year of the contract the notice shall be of not less than one month. Where the contract does not exceed three years, minimum notice shall be two months, and where it exceeds three years, the minimum notice shall be three months. Notice shall begin on the first day of a calendar month.'

2.8.4. Under Article 27, a contract may be terminated (i) when one of the two parties commits a fault or (ii) where some circumstance arises which makes it impossible to perform the contract or which seriously prejudices its performance.

2.8.5. The Committee considers that Article 27, which is compatible with one of the basic principles of the law on liability, should be worded as follows:

'1. Either party may terminate the contract at any time:

(a) Where the other party has in relation to the contract committed a fault or a series of successive repeated errors such that the party who terminates ...

2. (unchanged).

3. In the event of termination due to one of the contracting parties committing a fault, the offending party shall compensate the other party for any damage caused by such fault.'

2.8.6. Entitling commercial agents to a lump-sum indemnity where the principal terminates a contract before the end of the period of notice, or the agreed period of duration, puts the agent in the same position as an employee. The status of the commercial agent as a self-employed businessman should be retained. Article 28 (2) should therefore be deleted.

2.8.7. Article 29 requires the agent to return documents and materials to the principal upon cessation of the contract. It also gives the agent a lien on the movables and other property of the principal as security for commission and expenses.

2.8.8. The Committee considers that paragraph 2 should be reworded as follows:

'2. To secure his rights as regards remuneration and reimbursement of expenses, the commercial agent may, even after cessation of the contract, retain such movables and other property of the principal as are held by him pursuant to the contract; the value of movables and other property held by the agent shall not however exceed the amount of the remuneration and expenses owed to him.'

2.8.9. Article 30, one of the key provisions of the Directive, deals with the 'goodwill indemnity' due to the agent or his heirs after cessation of the contract. A similar provision exists in French, Italian, Dutch and German law and in the Benelux Convention.

2.8.10. The Committee is happy that the Commission has inserted a 'goodwill indemnity' clause in the Directive. For the sake of clarity and precision, however, the Committee considers that Article 30 should be worded as follows:

'1. After cessation of the contract the commercial agent or his heirs shall be entitled to receive from the principal a goodwill indemnity ...

2. (unchanged).

3. The amount of the indemnity shall not exceed the average annual remuneration calculated ... (rest unchanged).

4. Where the agent terminates the contract by notice, the period of which is consistent with the period of notice required by the contract or by law, he shall be entitled to a goodwill indemnity not exceeding ... (rest unchanged).

5. (unchanged).

6. (unchanged).'

2.8.11. Article 32 deals with agreements 'restricting competition'. It defines the aim and scope of such agreements and provides for payment of an indemnity to the agent.

2.8.12. The Committee proposes that a new paragraph 7 be added as follows:

'7. The principal shall be entitled to damages in the event of the agent not abiding by the agreement restricting competition.'

2.9. General and final provisions

2.9.1. Article 33 allows certain substantive provisions of the Directive to be departed from when the agent is a company whose most recent annual accounts show it to have a paid-up capital exceeding 100 000 European units of account.

2.9.2. The Committee wonders whether the criterion of 'paid-up capital' referred to in Article 33 is appropriate. Would it not be preferable to use a different criterion, e.g. 'turnover'? The Committee calls on the Commission to re-examine this question.

2.9.3. Article 34 stipulates that claims which arise under provisions of the Directive 'shall be subject to a limitation period of four years ... starting from the end of the year during which the claim arose' (paragraph 1). For claims arising during the past 10 years of the contract the limitation period 'shall begin to run from the end of the year during which the contract came to an end' (paragraph 2).

2.9.4. Having looked at the various sides of the question and having observed that legislation on the matter differs widely from Member State to Member State, the Committee proposes that paragraph 2 be deleted and that the limitation period be four (or five) years in all cases.

2.9.5. The Committee would like to take this opportunity to point out that harmonization is necessary in respect of limitation periods on the claims of not only commercial agents but also of many other commercial categories as well. The Committee therefore calls upon the Commission to investigate the harmonization of national laws concerning specific commercial categories — with particular reference to commercial transactions — and to put forward appropriate proposals.

2.9.6. Article 35 is fundamental to the whole Directive in that, in referring to individual Articles, it specifies the extent and limits of the parties' freedom to manoeuvre within the agency relationship. The Article thus declares void all exemption clauses whereby the parties derogate, to the detriment of the agent, from certain Articles and paragraphs listed in paragraph 1. The contracting parties are thus required to comply with the 'mandatory provisions' in the Directive.

2.9.7. The Committee agrees with the Commission proposal and feels that if certain fundamental provisions are not mandatory, the objectives of the Directive will be completely frustrated and the document worthless. Indeed, the harmonization of national laws becomes impossible if certain aspects of the agency relationship are left to the discretion of the contracting parties. Moreover, failure to include a mandatory element will jeopardize the Directive's other main aim, i.e. that of affording commercial agents in the EEC greater legal and economic protection.

2.9.8. The Committee is convinced that Article 35, which limits the possibility of derogating from certain basic agency contract provisions, must remain in the Directive.

2.9.9. The Committee nevertheless feels that some of the provisions referred to need not be binding. These are:

- the second paragraph of Article 13,
- Article 14.

2.9.10. The Committee proposes that the reference to Article 21 (4) in Article 35 (2) be deleted and takes Article 35 (2) to mean that it is the parties to the contract that have the right to derogate from the compulsory provisions specified in Article 35 (1).

2.9.11. Article 36 provides that the Member States, the addressees of the Directive under Article 37 shall, before 1 January 1980, adopt and publish the provisions necessary to comply with this Directive and shall bring these provisions into force from 1 July 1980.

2.9.12. The Committee agrees with the Commission's proposal and leaves it to the Council of Ministers to decide whether or not to postpone entry into force from 1 July 1980 to 1 January 1981.

2.9.13. The Committee is worried about what will happen to existing commercial agency contracts when the new harmonized laws come into force. A new Article should therefore be inserted after Article 36, reading as follows:

'Article 36a

Agency contracts running when the national provisions referred to in the previous paragraph take effect, shall remain valid for not more than three years.'

2.10. Social security for commercial agents

2.10.1. The Committee would now like to take a look at social security for self-employed commercial agents.

2.10.2. The Committee would appeal to the Commission and the Council to consider coordinating the Member States' laws on social security for the self-employed and particularly commercial agents.

2.11. Conclusions

2.11.1. As is clear from the Committee's close scrutiny of both individual Articles and the Directive as a whole — and from its observations and concrete proposals — the introduction of uniform legal safeguards for commercial agents is regarded as a matter of great importance.

2.11.2. On the legal front, the draft Directive is a remarkable attempt at Community codification; and at a social and political level it is a major practical step towards eliminating disparities and conflicts between the laws of the nine Member States, thereby bringing about a common market.

Done at Brussels, 24 November 1977.

*The Chairman
of the Economic and Social Committee*

Basil de FERRANTI

II

(Preparatory Acts)

COMMISSION

Amendment to the proposal for a Council Directive to coordinate the laws of the Member States relating to (self-employed) commercial agents ⁽¹⁾

(Submitted by the Commission to the Council pursuant to Article 149 (2) of the EEC Treaty on 29 January 1979)

ORIGINAL PROPOSAL

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN
COMMUNITIES,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Articles 57 (2) and 100 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Parliament,

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee,

Whereas the restrictions on freedom of establishment and freedom to provide services in respect of activities of intermediaries in commerce, industry and small craft industries were abolished by Council Directive 64/224/EEC of 25 February 1964 ⁽²⁾;

Whereas the differences in national laws concerning commercial representation substantially affect the conditions of competition and the carrying on of that activity within the Community and are detrimental both to the protection available to commercial agents *vis-à-vis* their principals and to the security of commercial transactions; whereas, moreover, those differences are such as to inhibit substantially the conclusion and operation of commercial

AMENDED PROPOSAL

Preamble and recitals unchanged.

⁽¹⁾ OJ No C 13, 18. 1. 1977, p. 2.

⁽²⁾ OJ No 56, 4. 4. 1964, p. 869/64.

ORIGINAL PROPOSAL

AMENDED PROPOSAL

representation contracts where principal and commercial agent are established in different Member States;

Whereas trade in goods between Member States should be carried on under conditions which are similar to those of a single market, and this necessitates approximation of the legal systems of the Member States to the extent required for the proper functioning of the common market; whereas in this regard the rules concerning conflict of laws do not, in the matter of commercial representation, remove the inconsistencies referred to above, nor would they even if they were made uniform, and accordingly, the proposed harmonization is necessary notwithstanding the existence of those rules;

Whereas in this matter the legal relationship between commercial agent and principal must be given priority of treatment;

Whereas in many cases commercial agents are as a rule, though in differing degrees, economically in a weak position *vis-à-vis* their principals, and it is accordingly appropriate that in harmonizing and improving the minimum rules in the laws of the Member States relating to commercial agents there be alignment upon the principles set out in Article 117 of the EEC Treaty,

HAS ADOPTED THIS DIRECTIVE:

CHAPTER I

Scope of application

Article 1

1. The harmonization measures prescribed by this Directive apply to the laws, regulations and administrative provisions of the Member States governing the relations between self-employed commercial agents and their principals.

2. National laws and trade usages which are not inconsistent with the provisions of this Directive shall continue to apply to the relations referred to in paragraph 1.

Article 2

For the purposes of this Directive the expression 'commercial agent' means a self-employed intermediary who has continuing authority for a fixed or indeterminate period to negotiate and/or to conclude an unlimited number of commercial transactions in the name and for account of another person (who is hereinafter called 'the principal').

Article 1

Unchanged

Article 2

For the purposes of this Directive the expression 'commercial agent' means a self-employed intermediary who has continuing authority for a fixed or indeterminate period to negotiate and/or to conclude an unlimited number of commercial transactions in the name and for account of another person (who is hereinafter called 'the principal'). *The agent may arrange his activities and use his time as he thinks fit.*

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
<i>Article 3</i>	<i>Article 3</i>
<p>This Directive does not apply:</p> <ul style="list-style-type: none"> — to intermediaries who are wage or salary earning employees within the meaning of Directive 64/224/EEC of 25 February 1964 ⁽¹⁾, — to intermediaries who act in their own name, — to intermediaries appointed to negotiate or to conclude in the name of the principal a specified transaction or a number of specified transactions only, — to intermediaries who carry on their activities in the insurance or credit fields. 	<p>Unchanged</p> <p>— to intermediaries who, according to the practice prevailing in the State in which they habitually carry on their activities, are regarded as doing so by way of secondary activity only.</p>
<i>Article 4</i>	<i>Article 4</i>
<p>The Member States are at liberty:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. not to apply Articles 15 (4), last sentence, 19, 26 (2), 30 and 31 to persons who act as commercial agents but by way of secondary activity only; the question whether the activity is carried on in that way being determined in accordance with commercial usage in the State whose law governs the relations between principal and agent; 2. to apply some or all of the provisions of this Directive, as the case requires, to persons who carry on other trades or professions and who, although they work for their own account and/or in their own name, can under the national law be assimilated to commercial agents. 	<p>The Member States are at liberty:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Deleted 2. Unchanged

⁽¹⁾ OJ No 56, 4. 4. 1964, p. 869/64.

CHAPTER II

Rights and duties of the parties

<i>Article 5</i>	<i>Article 5</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. The commercial agent shall in carrying out his activities act fairly and in good faith <i>vis-à-vis</i> his principal and third parties. He shall perform his duties with the care which a sound businessman would exercise. 2. Without prejudice to and in pursuance of the general duty specified in paragraph 1 the commercial agent shall: 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Unchanged 2. Without prejudice to and in pursuance of the general duty specified in paragraph 1, the commercial agent shall:

ORIGINAL PROPOSAL

- (a) at all times supply to the principal the information he needs in order to conduct the business satisfactorily, especially as regards the solvency of third parties in current commercial transactions of which the agent is aware,
 - (b) keep separately from his own moneys all sums received for the principal and pay them over to him without delay,
 - (c) keep proper accounts relating to the accounts receivable and assets of his principal,
 - (d) look after such property as is given into his possession with the care which a sound businessman would exercise,
 - (e) comply with all instructions given to him by the principal for attaining the object of the agency, provided they do not basically affect the agent's independence. The agent may arrange his activities and use his time as he thinks fit.
3. Unless otherwise agreed the commercial agent may employ the services of commercial agents and commercial travellers.

Article 6

The commercial agent shall not, even after the contract has come to an end, divulge to third parties or turn to account any commercial or industrial secrets which were disclosed to him or of which he became aware because of his relationship with the principal, unless he proves that his doing so is consistent with the principles of a sound businessman.

Article 7

1. The commercial agent may carry on business for his own account or for account of a third party provided that business is in goods or services which do not compete with those for which he was appointed to represent the principal. In particular he may undertake to act as commercial agent for another principal or work for an employer as a salaried or wage-earning representative.
2. The commercial agent shall obtain the consent of his principal for the carrying on of any activity for his own account or for account of a third party if that activity involves goods or services which compete with those for which he has been appointed to represent the principal.

AMENDED PROPOSAL

- (a) *make proper efforts to negotiate or conclude the transactions entrusted to him,*
- (b) supply the principal with the information he needs for the satisfactory conduct of his business, especially as regards the solvency of third parties who are to the knowledge of the agent involved in current commercial transactions with the principal,
- (c) keep separately from his own moneys all sums received for the principal and pay them over to him without delay,
- (d) keep proper accounts relating to the accounts receivable and assets of his principal,
- (e) look after such property as is given into his possession with the care which a sound businessman would exercise,
- (f) comply with all instructions given to him by the principal for attaining the object of the agency, provided they do not basically affect the agent's independence.

3. Unchanged

Article 6

The agent shall not, even after the contract has come to an end, divulge to third parties or turn to account *in his relations with third parties* any commercial or industrial secrets which were disclosed to him, or of which he became aware, because of his relationship with the principal, unless *such turning to account is generally accepted as being consistent with proper business ethics.*

Article 7

1. Unchanged
2. Unchanged

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
<p>3. The parties may derogate from the provisions of paragraphs 1 and 2 and, in particular, agree that the commercial agent shall not carry on other activities for account of another principal, for his own account or as an employee.</p>	<p>3. <i>Deleted</i></p>
<p><i>Article 8</i></p>	
<p>1. Where the commercial agent has had to meet a claim for breach of industrial, commercial or intellectual property rights over goods or services forming the subject-matter of his agency he may claim damages from his principal if the breach was caused by the principal.</p>	<p>1. Unchanged</p>
<p>2. The provisions of paragraph 1 shall apply <i>mutatis mutandis</i> in the event of breach of the rules of fair competition.</p>	<p>2. Unchanged</p>
	<p>3. <i>The commercial agent shall inform the principal of any legal action taken against the agent in respect of any such breach as referred to in paragraphs 1 and 2.</i></p>
<p><i>Article 9</i></p>	
<p>1. The commercial agent shall have authority to negotiate transactions for account of the principal. He shall have authority to conclude agreements in respect thereof only where the principal empowers him to do so.</p>	<p>Unchanged</p>
<p>2. The agent shall be presumed to have authority:</p> <ul style="list-style-type: none"> — to receive complaints from third parties where goods or services supplied are defective, and, where goods are not accepted, notices that they are available for collection, — to protect the principal's rights to have the means of proof preserved. 	
<p>3. Limitations of the agent's authority shall be ineffective as against third parties unless they were aware or ought to have been aware thereof.</p>	
<p><i>Article 10</i></p>	
<p>1. The principal shall in his relations with the commercial agent act fairly and in good faith. He shall make available to the commercial agent all the assistance he needs, having regard to the circumstances for the performance of his part of the contract.</p>	<p>1. Unchanged</p>

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
<p>2. Without prejudice to the general duty specified in paragraph 1, the principal shall make available to the agent in suitable quantity such materials, information and documents as are necessary for the performance of his activities. He shall in particular:</p> <p>(a) supply the agent with samples, designs, price lists, printed advertising material, conditions of contract and other documents relating to the goods and services for which he has been appointed agent;</p> <p>(b) provide the commercial agent with all information which is requisite for the performance of the contract, particularly as regards current and prospective production, and inform the agent without delay when the principal foresees that the volume of commercial transactions that the principal will be able to execute will be considerably lower than the commercial agent could normally expect;</p> <p>(c) inform the commercial agent without delay of the acceptance, refusal or, in appropriate cases, the partial performance of a commercial transaction.</p>	<p>2. Unchanged</p> <p>(a) Unchanged</p> <p>(b) provide the agent with all information <i>necessary</i> for the performance of the contract, particularly as regards current and prospective production, and inform the agent without delay when the principal foresees that the volume of commercial transactions which the principal will be able to execute will be considerably lower than the agent could normally expect;</p> <p>(c) Unchanged</p>

CHAPTER III

Remuneration and reimbursement of expenses

Article 11

1. The principal shall remunerate the commercial agent by paying him commission or a fixed sum or both. Any variable item of remuneration which is calculated by reference to turnover shall be deemed to be commission.

2. The amount of commission shall be agreed between the parties. In the absence of agreement the agent shall be entitled to the commission that is customarily allowed to agents appointed for the goods or services which form the subject-matter of his agency in the place where he carries on his activities. If there is no custom as to the commission the agent shall be entitled to a fair commission.

3. Agency contracts which exclude the agent's right to be remunerated shall be void.

Article 12

1. The commercial agent shall be entitled to commission on commercial transactions entered into during the currency of the contract:

Article 11

1. The principal shall remunerate the commercial agent. Contracts of agency which exclude the agent's right to be remunerated shall be void.

2. The remuneration may take the form of commission or of a fixed sum or of both. *Part of the remuneration may be paid in kind.* Any variable remuneration factor which is calculated by reference to turnover shall be deemed to be commission.

3. The text of paragraph 2 of the original proposal is to be inserted here. *Old paragraph 3 is deleted.*

Article 12

1. Unchanged

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
<p>(a) where the transaction is procured by the commercial agent; or</p> <p>(b) where the transaction is entered into with a third party with whom the agent has previously negotiated or agreed a transaction falling within the terms of his agency; or</p> <p>(c) where the commercial agent is appointed to cover a specific geographical area or a specific group of people and the transaction is entered into in that geographical area or with a person belonging to that group, notwithstanding that the transaction was negotiated or agreed otherwise than by the commercial agent.</p> <p>2. The commercial agent shall not be entitled to the commission referred to in paragraph 1 if by virtue of Article 13 that commission is payable to another agent.</p>	<p>(a) Unchanged</p> <p>(b) where the transaction is entered into with a third party <i>whom the agent had previously acquired as a client for transactions of the same kind</i>; or</p> <p>(c) Unchanged</p> <p>2. Unchanged</p>
<p><i>Article 13</i></p> <p>The commercial agent shall be entitled to commission on commercial transactions entered into after the contract has come to an end:</p> <p>(a) where the transaction was negotiated by him; or</p> <p>(b) where, the preparatory work having been done by him, the transaction was entered into mainly as a result of his efforts during the currency of the contract; in these cases, however, he shall be entitled to commission only if the transaction was entered into within a reasonable period after the contract came to an end, a 'reasonable period' being one which is proportionate to the type of transaction in question and to the volume thereof.</p>	<p><i>Article 13</i></p> <p>1. The commercial agent shall be entitled to commission on commercial transactions entered into after the contract has come to an end:</p> <p>(a) Unchanged</p> <p>(b) where, the preparatory work having been done by him, the transaction was entered into mainly as a result of his efforts during the currency of the contract.</p> <p>2. In the aforesaid cases, however, he shall be entitled to commission only if the transaction was entered into within a reasonable period after the contract came to an end, a 'reasonable period' being one which is proportionate to the type of transaction in question and to the volume thereof. <i>The parties may fix this period by mutual agreement.</i></p>
<p><i>Article 14</i></p> <p>Where the commercial agent is under duty to the principal to collect payment of moneys, the commercial agent shall be entitled to a special commission therefor.</p>	<p><i>Article 14</i></p> <p>Unchanged</p>
<p><i>Article 15</i></p> <p>1. The right to commission arises at the moment when the principal and the third party enter into the commercial transaction.</p>	<p><i>Article 15</i></p> <p>1. Unchanged</p>

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
<p>2. The commission shall be payable upon the happening of either of the two following events:</p> <p>(a) as soon as and to the extent that the principal has performed his part of the transaction, even if he fails to carry out his obligations fully in the manner agreed or satisfies some of them only partially; or</p> <p>(b) as soon as and to the extent that the third party has performed his part of the transaction.</p> <p>3. If the principal or the third party fails to perform his part of the transaction in full the amount of commission due shall be calculated by reference to the value of that part performed whose value is the higher.</p> <p>4. The parties may agree that so long as the third party has not performed his obligations the commission shall be payable at a later time than that provided for in subparagraph (a) of paragraph 2 above. The commission shall, however, be payable in all cases not later than the last day of the third month following the month during which the principal completed the performance of his part of the contract. Where the parties agree as aforesaid the agent shall be entitled to receive a payment on account, of suitable amount, not later than the last day of the month following the month during which the principal completed the performance of his part of the contract.</p> <p>5. The principal shall each month supply the commercial agent with a statement of the amount of commission earned and the amount of commission payable. The statement shall set out the essential data used in calculating the amounts of commission. The statement shall be prepared promptly and in any event not later than the last day of the month following that in which the commission in question was earned. The parties may agree that this period shall be extended to three months.</p>	<p>2. The commission shall become due upon the happening of either of the two following events:</p> <p>(a) Unchanged</p> <p>(b) as soon as and to the extent that <i>the client has fulfilled the obligations laid down in the contract.</i></p> <p>3. If the principal <i>and</i> the third party <i>have failed</i> to perform <i>their respective obligations</i> in full, the amount of commission due shall be calculated by reference to the value of that part performed whose value is the greater.</p> <p>4. (a) The parties may agree that so long as the third party has not performed his obligations the commission shall not become due until a later time than that provided for in subparagraph (a) of paragraph 2 above.</p> <p>(b) Where the parties agree as aforesaid, the agent shall be entitled to receive a payment on account, of suitable amount, not later than the last day of the month following the month during which the principal completed the performance of his part of the contract.</p> <p>(c) The commission shall, however, in any eventuality become due, at the latest, on the last day of the third month following the month during which the principal completed the performance of his part of the contract.</p> <p>5 <i>Transferred to Article 18 (1).</i></p>

Article 16

1. The right to commission shall be extinguished:
- (a) Where the commercial agent has not fulfilled his obligations under Article 5 (2) (a), the principal having entered into the commercial transaction without being aware of the third party's insolvency and it being established that the third party has not or will not perform his part of the transaction; or

Article 16

1. The right to commission shall be extinguished:
- (a) Where the commercial agent has not fulfilled his obligations under Article 5 (2) (b), the principal having entered into the commercial transaction without being aware of the third party's insolvency and it being established that the third party has not or will not perform his part of the transaction; or

ORIGINAL PROPOSAL

- (b) if and to the extent that it has become impossible to perform the transaction, this being in no way attributable to the principal; or
 - (c) if performance of the transaction cannot reasonably be required of the principal, particularly where there exist in relation to the third party serious grounds for non-performance.
2. Any commission which the commercial agent has already received for these commercial transactions shall be refunded.

Article 17

Unless otherwise agreed commission shall be calculated on the gross amount of the invoice without deduction of cash discounts, fidelity rebates or reductions allowed unilaterally by the principal after entry into the commercial transaction, and without deduction of incidental expenses such as costs of transport, packaging, insurance, taxes and customs charges, unless these incidental expenses are invoiced separately to the customer.

Article 18

1. The commercial agent shall be entitled to be supplied with all necessary extracts from the copies of the principal's books of account, together with explanations thereof, to enable him to check the amounts of commission to which he is entitled. Article 6 shall apply *mutatis mutandis*.

2. If there exist proper grounds for thinking that the items referred to in paragraph 1 which the principal has supplied are incorrect or incomplete, or if the principal refuses to supply them, the agent shall be entitled to require that either the agent himself or some person designated by the agent (being a person qualified for that purpose in accordance with the requirements of the national law applicable in the State where the books of account are kept), at the option of the principal, be given access to the books of account and the accounting documents for the purpose of examining them. This right may be exercised to the extent necessary for checking the correctness or completeness of the commission statement or of the said items.

AMENDED PROPOSAL

- (b) if and to the extent that it has become impossible to perform the transaction, this being in no way attributable to the principal; or
 - (c) if performance of the transaction cannot reasonably be required of the principal, particularly where there exist in relation to the third party serious grounds for non-performance.
2. Unchanged

Article 17

The words 'Unless otherwise agreed' have been *deleted*.

Article 18

1. The principal shall each month supply the commercial agent with a statement of the amount of commission earned and the amount of commission payable. The statement shall set out the essential data used in calculating the amounts of commission. The statement shall be prepared promptly and in any event not later than the last day of the month following that in which the commission in question was earned. The parties may agree that this period shall be extended to three months.

2. The commercial agent shall be entitled to be supplied with all necessary extracts from the copies of the principal's books of account, together with explanations thereof, to enable him to check the amounts of commission to which he is entitled. (The last sentence is *deleted*).

3. If there exist proper grounds for thinking that the *commission statement* referred to in paragraph 1 or the *information* which the principal has supplied are incorrect or incomplete, or if the principal refuses to supply the information, the agent shall be entitled to require that either the agent himself or some person designated by the agent (being a person qualified for that purpose in accordance with the requirements of the national law applicable in the State where the books of account are kept), at the option of the principal, be given access to the books of account and the accounting documents for the purpose of examining them. This right may be exercised to the extent necessary for checking the correctness or completeness of the commission statement or of the information supplied by the

ORIGINAL PROPOSAL

AMENDED PROPOSAL

Article 19

1. The agent shall be entitled to remuneration if he has already fulfilled his obligations under the agency contract or if he has already taken steps to meet those obligations, even though the principal has made no use of his services or has used them to a considerably lesser extent than the agent could normally have expected, unless the principal's conduct is due to circumstances beyond his control.

2. Usually, in calculating the remuneration referred to in paragraph 1, account shall be taken of all the circumstances, the basis being the average monthly remuneration of the commercial agent during the 12 months before the circumstances described in paragraph 1 arose. If the contract was concluded less than 12 months previously the remuneration shall be calculated on the basis of the average monthly remuneration paid during the currency of the contract.

3. In applying paragraph 2 the following shall be taken into account:

- (a) the expenses incurred by the commercial agent for the purpose of setting up the agency and preparing to commence business;
- (b) the amounts which the commercial agent has saved on expenses, the amounts which he has earned in carrying on some other activity and those which he has deliberately not earned because he has declined some activity which was nevertheless suitable.

Article 20

1. The commercial agent shall not be entitled to reimbursement of expenses incurred in the usual course of his activities unless the parties have agreed otherwise or there is a custom to the contrary.

2. Where, however, the agent incurs expenses in connection with special activities undertaken on the instruction or with the consent of the principal, he shall be entitled to be reimbursed.

CHAPTER IV

Del credere

Article 21

1. Every agreement whereby the commercial agent guarantees in favour of his principal that a third party will pay the price of goods or services forming the subject-matter of commercial transactions which the agent has negotiated or agreed, shall be evidenced in writing or by cable, telex or telegram. This type of

principal. *The prohibition contained in Article 6 shall apply in the cases referred to in paragraphs 2 and 3 of the present Article.*

Article 19

1. The agent shall be entitled to *indemnification* if he has already fulfilled his obligations under the agency contract or if he has already taken steps to meet those obligations, even though the principal has made no use of his services or has used them to a considerably lesser extent than the agent could normally have expected, unless the principal's conduct is due to circumstances beyond his control.

2. *In calculating the amount of indemnification, account shall be taken where appropriate of the amount of any commission paid previously and the factors mentioned in paragraph (3).*

3. Unchanged

Article 20

Unchanged

Article 21

1. Unchanged

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
agreement is hereinafter referred to as a <i>del credere</i> agreement.	
2. (a) A <i>del credere</i> agreement covering transactions which were not negotiated or agreed by the commercial agent shall be void.	2. A <i>del credere</i> agreement may be concluded only in relation to a particular commercial transaction, or in relation to a series of transactions with particular third parties who are specified in the agreement.
(b) A <i>del credere</i> agreement shall be concluded in relation only to a particular commercial transaction, or in relation to a series of such transactions with particular third parties who are specified in the agreement.	<i>A del credere agreement shall be void if:</i>
(c) Any <i>del credere</i> agreement which amounts to an unlimited guarantee on the part of the commercial agent for transactions falling within the first sentence of paragraph 1 shall be void.	(a) it covers transactions which were not negotiated or agreed by the commercial agent; or
3. The commercial agent shall be entitled to be paid a separate commission, of reasonable amount, for transactions entered into to which his <i>del credere</i> guarantee applies.	(b) it amounts to a guarantee by the commercial agent of all the transactions negotiated or agreed by him.
4. The parties may derogate from the provisions of paragraphs 1 to 3 as regards transactions:	3. The commercial agent shall be entitled to be paid a separate commission, of reasonable amount, for transactions entered into to which his <i>del credere</i> guarantee applies. <i>Such commission shall become due at the time when the relevant transactions are agreed upon.</i>
(a) in which the place of business of the principal or of the third party is outside the territory of the Community or, if the principal or third party has no place of business, then his place of habitual residence is outside that territory, or	4. Unchanged
(b) which the agent has been given full power to agree and to carry out.	

CHAPTER V

Bankruptcy or winding-up of the principal, execution and assignment

Article 22

1. Natural persons whose income is mainly derived from a commercial agency shall as regards sums owing to them for remuneration and reimbursement of expenses be treated as employees of the principal where bankruptcy or winding-up proceedings have been opened in respect of the principal or an arrangement, composition or other procedure is in progress with the principal's creditors.

2. The natural persons to whom paragraph 1 applies shall in relations to sums owing to them by the principal on account of remuneration and reimbursement of expenses enjoy those rights to which employees are entitled as regards the amount of income for which execution cannot issue where third parties obtain an order for execution against the principal.

Article 22

Deleted

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
<p>3. The provisions of national law relating to employees shall apply <i>mutatis mutandis</i> to the natural persons referred to in paragraph 1 as regards assignment of sums owing to them by the principal for remuneration and reimbursement of expenses.</p> <p>4. The Member States may fix maximum figures of income for purposes of the application of paragraph 1.</p>	

CHAPTER VI

Making of the contract and cessation of the contract

Article 23	Article 23
Each party shall be entitled to receive from the other a signed written document setting out the terms of the contract and any terms subsequently agreed. Any purported waiver of this right shall be invalid.	Unchanged
Article 24	Article 24
Article 23 shall apply <i>mutatis mutandis</i> where by mutual agreement the agency contract is terminated.	Unchanged
Article 25	Article 25
Subject to Articles 27 and 28 a contract for a fixed or determinable period shall terminate upon the expiration of the period for which it was made. Unless otherwise agreed a contract for a fixed or determinable period which continues to be performed after that period has expired shall be deemed to be converted into a contract for an indeterminate period.	The words 'Unless otherwise agreed' have been <i>deleted</i> from the second sentence.
Article 26	Article 26
1. Where the contract is concluded for an indeterminate period either party may terminate it by notice. Notice shall be given in writing. The period of notice shall be the same for both parties.	1. Unchanged
2. During the first year of the contract the notice shall be of not less than two months. After the first year the period of notice shall be increased by one month for each additional year which has begun. The Member States may prescribe a maximum period of notice which shall in no case be less than 12 months. Periods of notice shall coincide with the end of a calendar month.	2. The period of notice shall not be less than <i>one month</i> during the first year in which the contract enters into force. After the first year, it shall be increased by 14 days for each additional year which has begun. The Member States may prescribe a maximum period of notice which shall in no case be less than <i>six months</i> . Periods of notice shall coincide with the end of a calendar month.

ORIGINAL PROPOSAL

AMENDED PROPOSAL

Article 27

1. Either party may terminate the contract at any time:

- (a) where the other party has in relation to the contract committed a fault such that the party who terminates cannot be required to keep it in being until the end of the period of notice or until the end of its agreed period of duration; or
- (b) where some circumstance arises which makes it impossible to perform the contract, or which seriously prejudices its performance, or which substantially undermines the commercial basis of the contract, so that the party who terminates cannot be required to keep it in being until the end of the period of notice or until the end of its agreed period of duration.

2. Termination must be effected *vis-à-vis* the other party as soon as the fault becomes known or as soon as the events which justify termination have occurred. The party who terminates shall upon request of the other inform him in writing of the reasons therefor.

3. Where the contract is terminated under paragraph 1 (a) the party who is at fault shall be liable in damages to the other.

Article 28

1. Where one of the parties terminates the contract or declares that it is at an end, without in either case observing the proper period of notice provided for by the contract or by law, and neither of the grounds for termination set out in Article 27 applies, that party shall be liable in damages to the other.

2. In the cases referred to in paragraph 1 the commercial agent shall be entitled to claim a lump-sum indemnity in lieu of damages where the contract is terminated by the principal or declared by him to be at an end. The indemnity shall be calculated on the basis of the average remuneration paid to the agent during the period of 12 months preceding the declaration or termination. If the contract was concluded less than 12 months previously the indemnity shall be calculated on the basis of the average remuneration received during the

Article 27

1. Either party may terminate the contract at any time:

- (a) where the other party *has* in relation to the contract *conducted himself in a manner which is seriously inconsistent with his obligations*, or has in relation to the contract committed a *serious* fault, with the result that the party who terminate cannot be required to keep it in being until the end of the period of notice or until the end of its agreed period of duration; or

(b) Unchanged

2. Unchanged

3. Unchanged

Article 28

Unchanged

ORIGINAL PROPOSAL

currency of the contract up to the time when the relevant event took place. The indemnity shall be paid for the unexpired period of the contract but subject to a maximum period of two years.

Article 29

1. Upon cessation of the contract the commercial agent shall deliver up to the principal the materials and documents referred to in Article 10 (2) unless he has disposed of them in the normal course of business.

2. To secure the rights of the commercial agent as regards remuneration and reimbursement of expenses, he shall have a lien over such movables and other property of the principal as are in his possession pursuant to the contract, which lien shall continue after cessation of the contract.

Article 30

1. After cessation of the contract the commercial agent or his heirs shall be entitled to require payment by the principal of a goodwill indemnity:

- (a) where the agent has brought new customers to the principal or has appreciably increased the volume of business with the existing customers; and
- (b) where as a result thereof substantial benefits will continue to accrue to the principal; and
- (c) where, notwithstanding Article 13, the cessation of the contract results in his not receiving remuneration for transactions negotiated or agreed, after the contract has come to an end, between the principal and the customers referred to in subparagraph (a) above.

2. The goodwill indemnity shall be reasonable in amount having regard to all the circumstances. It shall be equal to not less than one-tenth of the annual remuneration calculated on the basis of the average remuneration during the preceding five years, including transactions on which commission arises under Article 13, multiplied by the number of years for which the contract has been in existence. If the contract was concluded less than five years previously the indemnity shall be calculated on the average remuneration received during the period which has actually run.

3. The amount of the indemnity shall not exceed twice the average annual remuneration calculated in

AMENDED PROPOSAL

Article 29

1. Unchanged

2. To secure the rights of the commercial agent as regards remuneration and reimbursement of expenses, he shall have a lien over such movables and other property of the principal as are in his possession pursuant to the contract, which lien shall continue after cessation of the contract. *When exercising this right, the agent shall maintain the principal's movables and other property in good condition.*

Article 30

1. Unchanged

2. The words 'not less than' have been *deleted* from the second sentence.

3. The amount of the indemnity *shall not exceed the average* annual remuneration calculated in the

ORIGINAL PROPOSAL

the manner provided in paragraph 2. Subject always to this maximum, either party may request that the amount of the indemnity be calculated otherwise than as provided in paragraph 2 where, having regard to all the circumstances, it would be equitable so to calculate it.

4. Where the agent terminates the contract by notice the period of which is consistent with the period of notice required by the contract or by law, he shall be entitled to an indemnity not exceeding the amount provided for in paragraph 2. If such termination is justified having regard to the principal's conduct, or for reasons which are particular to the agent, such that the agent cannot be required to continue his activities, the indemnity may be fixed at the maximum amount provided for in paragraph 3 if this is equitable.

5. The right to goodwill indemnity shall not by prior agreement be contracted out of or restricted. It may be exercised only during the period of three months following cessation of the contract.

6. The right to indemnity provided for in Article 28 shall not affect the right to goodwill indemnity.

Article 31

No claim to goodwill indemnity shall arise:

- (a) where the principal terminates or could have terminated the contract under Article 27 (1) (a),
- (b) where the principal maintains the contract on foot with the agent's successor who was introduced by the agent himself or by his heirs, the successor being from the legal point of view substituted entirely in the place of the agent,
- (c) where the agent terminates the contract without giving notice of the proper duration required by the contract or by law and without proper grounds under Article 27 (1).

Article 32

1. Any agreement restricting the business activities of the commercial agent following cessation of the contract shall be in writing, and in default thereof shall be void. This type of agreement is hereinafter referred to as an agreement restricting competition.

2. An agreement restricting competition shall apply only in relation to the geographical area or

AMENDED PROPOSAL

manner provided in paragraph 2. Subject always to this maximum, either party may request that the amount of the indemnity be calculated otherwise than as provided in paragraph 2 where, having regard to all the circumstances, it would be equitable so to calculate it.

4. *If the agent terminates the contract he shall not be entitled to goodwill indemnity unless the termination of the contract was justified having regard to the principal's conduct or to circumstances peculiar to the agent, such as age or illness, in consequence of which he cannot be required to continue his activities.*

5. Unchanged

6. Unchanged

Article 31

Unchanged

(a) Unchanged

(b) Unchanged

(c) *Deleted*

Article 32

1. Unchanged

2. Unchanged

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
group of persons entrusted to the commercial agent and to the goods and services covered by his agency at the time when the contract came to an end.	
3. An agreement restricting competition shall be valid for not more than two years after cessation of the contract.	3. Unchanged
4. Subject to the provisions of paragraph 5 the principal shall pay to the commercial agent a suitable indemnity so long as the agreement restricting competition is in force. The indemnity shall be calculated on the basis of the remuneration of the commercial agent and shall have regard to all the circumstances of the case.	4. Unchanged
5. (a) Where the principal terminates the contract under Article 27 (1) (a) the agreement restricting competition shall continue effective but the agent shall not be entitled to the indemnity.	5. Unchanged
(b) Where the commercial agent terminates the contract under Article 27 (1) (a) the agreement restricting competition shall apply unless terminated by him. Such termination shall be effected in writing.	
(c) Where either party terminates the contract under Article 27 (1) (b) or thereunder declares it to be at an end, the other party may terminate the agreement restricting competition. Such termination shall be effected in writing.	
6. Before the contract has come to an end the principal may terminate the agreement restricting competition and, if he does so, shall after the expiration of six months from the time when he gave notice of termination no longer be under obligation to pay the indemnity referred to in paragraph 4.	6. Unchanged
	7. <i>The principal shall be entitled to damages if the agent fails to observe the no-competition agreement.</i>

CHAPTER VII

General and final provisions

Article 33

1. Where the commercial agency is undertaken by a company or legal person whose most recent annual accounts show that it has a paid-up capital exceeding the equivalent of 100 000 European units of account, the parties may derogate from the provisions of Articles 15 (4), 19, 21, 26 (2) and 30.

Article 33

1. Where the commercial agency is undertaken by a company or legal person whose most recent annual accounts show that it has a paid-up capital exceeding the equivalent of 100 000 European units of account, *or whose annual turnover exceeds 500 000 European units of account*, the parties may derogate from the provisions of Articles 15 (4), 19, 21, 26 (2) and 30.

ORIGINAL PROPOSAL	AMENDED PROPOSAL
<p>2. The European unit of account (EUA) means the unit of account defined in Commission Decision No 3289/75/ECSC of 15 December 1975 ⁽¹⁾.</p>	<p>2. Unchanged</p>
<p><i>Article 34</i></p> <p>1. Claims which arise under the foregoing provisions shall be subject to a limitation period of four years. The limitation period shall begin to run from the end of the year during which the claim arose.</p> <p>2. As regards claims which arise during the last 10 years of the contract for commission which has not been included in the statement referred to in Article 15 (5), or for reimbursement of expenses under Article 20, the limitation period shall begin to run from the end of the year during which the contract came to an end.</p>	<p><i>Article 34</i></p> <p>1. Claims which arise under the foregoing provisions shall be subject to a limitation period of <i>three</i> years. The limitation period shall begin to run from the end of the year during which the claim arose.</p> <p>2. As regards claims which arise during the last <i>five</i> years of the contract for commission which has not been included in the statement referred to in Article 18 (1), or for reimbursement of expenses under Article 20, the limitation period shall begin to run from the end of the year during which the contract came to an end.</p>
<p><i>Article 35</i></p> <p>1. Any stipulation whereby the parties derogate, to the detriment of the agent, from the provisions next hereinafter mentioned shall be void: Articles 5 (1), 8, 10 (1), 10 (2) (b) and (c), 11 (1) and (3), 12 (1), 13, 14, 15, 16 (1), 18, 19 (1) and (2), 20 (2), 21 (1), (2) and (3), 23, 26, 27, 28, 29 (2), 30, 32 and 34.</p> <p>2. In addition to the cases of derogation permitted under Article 21 (4) and Article 33, the parties may derogate from the compulsory provisions specified in the foregoing paragraph in relation to those activities which the commercial agent carries on outside the Community.</p>	<p><i>Article 35</i></p> <p>1. Any stipulation whereby the parties derogate, to the detriment of the agent, from Articles 8, 10 (2) (c), 12 (1) (a), 15, 18, 19, 21 (1), (2) and (3), 23, 24, 26, 27, 28, 29 (2), 30, 32 and 34 shall be void.</p> <p>2. Unchanged</p>
<p><i>Article 36</i></p> <p>1. The Member States shall before 1 January 1980 adopt and publish the provisions which are necessary to comply with this Directive and shall inform the Commission thereof immediately. They shall apply those provisions from 1 July 1980.</p> <p>2. From the time of notification of this Directive the Member States shall inform the Commission, in</p>	<p><i>Article 36</i></p> <p>1. <i>The Member States shall within 18 months from notification of this Directive bring into force the laws, regulations and administrative provisions which are necessary to enable them to comply with it and shall inform the Commission thereof immediately. Such provisions shall, immediately upon entering into force, apply to contracts which are then current.</i></p> <p>2. <i>The Member States shall communicate to the Commission the texts of the main provisions which</i></p>

⁽¹⁾ OJ No L 327, 19. 12. 1975.

ORIGINAL PROPOSAL

good time to enable it to communicate its observations, concerning the draft laws, regulations and administrative provisions which they plan to adopt in the field governed by this Directive.

Article 37

This Directive is addressed to the Member States.

AMENDED PROPOSAL

they incorporate into their internal laws in the field governed by this Directive.

Article 37

Unchanged

BIBLIOGRAFIA

BARATA, Carlos Lacerda

- (1991) *Sobre o Contrato de Agência*, 1ª Edição, Coimbra: Livraria Almedina.

BOTÍA, Alberto Cámara

- (2009) "Trabajo dependiente y trabajo autónomo en la mediación mercantil", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83.

BRITO, Maria Helena

- (1990) *O contrato de concessão comercial. Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Coimbra Editora.

CAMPOS, Paulo Alexandre da Silva

- (2013) *A Compensação Por Despedimento*, Tese de Mestrado em Direito do Trabalho. Lisboa: Faculdade De Direito da Universidade Católica Portuguesa.

CANARIS, Claus-Wilhelm

- (1995) *Handelsrecht*, 22.ª ed., Munchen: Verlag C. H. Beck.

CARVALHO, Sónia de

- (2017) *Algumas notas sobre o contrato de distribuição seletiva*. Estudos de Homenagem a Fernando de Araújo Barros. Porto: Edições ISMAI- Centro de Publicações do Instituto.

CORDEIRO, António Menezes

- (2000) "Do Contrato de Concessão Comercial", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60-II.

CUNHA, Carolina

- (2003) *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, Março.
- (2009) "O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspetivas atuais." *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita* - VOL. I, org. Diogo Leite de Campos, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora;
- (2017) "A Indemnização de Clientela na Jurisprudência Recente". *Actas do Colóquio "Distribuição Comercial nos 30 anos da Lei do Contrato de Agência" 23/09/2016*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade De Direito da Universidade de Coimbra.
- (2017) "Vendas Com Prejuízo" *Colóquio organizado pelo Grupo de Investigação "Contrato e desenvolvimento social", do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 3 de junho de 2017*. Coimbra: Edição do Centro de Direito do Consumo e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

DAVID, Mariana Soares

- (2011) "A Aplicação Analógica do Regime Jurídico da Cessação do Contrato de Agência aos Contratos de Concessão Comercial: Tradição ou Verdadeira Analogia?" *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71 - III (Jul.-Set.2011).

DIAS, Rui Pereira

- (2017) "Indemnização de Clientela no Contrato de Concessão Comercial: Cálculo do Montante e Fixação do Limite Máximo". *Actas do Colóquio "Distribuição Comercial nos 30 anos da Lei do Contrato de Agência" 23/09/2016*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade De Direito da Universidade de Coimbra.

DUARTE, Rui Pinto

- (2001) "A Jurisprudência Portuguesa Sobre a Aplicação Analógica da Indemnização de Clientela ao Contrato de Concessão Comercial - Algumas Observações". *Revista Thémis*- Ano II, n.º 3, Coimbra: Livraria Almedina.

DUREI, Larry Herbert Gershon

- (2012) *O Contrato de Agência*, Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas - Direito das Sociedades Comerciais. Lisboa, ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa.

GOMES, Júlio Manuel Vieira

- (2007) *Direito do Trabalho - Vol. 1 - Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.

HIEKEL, Hans-Jürgen

- (1985) *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragsändlers*, Frankfurt am Main: Haag + Herchen V..

LEITÃO, Luís M. T. de Menezes

- (2006) *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra: Livraria Almedina, 1ª Edição.

MACHADO, J. Batista

- (1993) *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*; Coimbra: Livraria Almedina.

MONTEIRO, António Pinto

- (2002) "Do regime Jurídico dos contratos de distribuição Comercial". Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Direito Comparado* nº 22.
- (2006) "O direito à indemnização de clientela do distribuidor comercial", *Conferência proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Direito Comparado*.
- (2007) *Contrato de agência - Anotação ao Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, 6.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- (2009) *Direito comercial: Contratos de Distribuição Comercial: Relatório (Monografias)*. Coimbra: Livraria Almedina.
- (2017) "Revisitando a Lei da Agência 30 anos depois". *Actas do Colóquio "Distribuição Comercial nos 30 anos da Lei do Contrato de Agência" 23/09/2016*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade De Direito da Universidade de Coimbra.

NARVAIZA, José Maria Zufiaur

- (2011) *"Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «novas tendências do trabalho independente: o caso específico do trabalho autónomo economicamente dependente»"* (2011/C 18/08), in JOUE, 19.01.2011.

PARDOLESI, Roberto

- (1979) *"I contratti di distribuzione"*, Pubblicazioni Della Facoltà Giuridica Dell'università di Bari, nº 51, Naples: Ed. Jovene Napoli

PEREIRA, Alexandre Libório Dias

- (2014) *Denúncia e Indemnização de Clientela nos Contratos de Distribuição (Resenha de Jurisprudência Recente do STJ)*. Boletim de Ciências Económicas LVII, tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

PINTO, Fernando. A. Ferreira

- (2013) *Contratos de Distribuição, Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

RAMALHO, Maria do Rosário da Palma

- (2014) *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina.

SILVA, José Alberto Vieira

- (2006) *O Contrato de Concessão Comercial*. Coimbra: Coimbra Editora.

VALVERDE, Antonio Martín

- (2002) "Fronteras y "zonas grises" del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)" *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 38.

VAN BAEL & BELLIS

- (2003) *Business Law Guide to Belgium*, 2nd Edition, Haia: Kluwer Law International.

VASQUES, Eugénio Duarte

- (2016) "Contrato de Agência no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Experiência Europeia da Indenização de Clientela" - *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Curitiba: v. 2, n. 2 jul/dez.

VRANKEN, Martin

- (2009) *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*, Melbourne: Melbourne University Press.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo

- (2012) "A Compensação por Despedimento no Contrato Trabalho", *Revista de Estudos Sociais e Corporativos*, Ano VIII, abril a junho, nº 30.